J. Pract. 79º
(2
J. C. Gensler

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

<36638835490017

<36638835490017

Bayer. Staatsbibliothek

Dr. J. C. Gensler's,

weiland Geheime-Justizraths und ordentl. öffentl. Lehrers der Rechte zu Heidelberg,

vollständiger

Commentar

über

Martin's Civilproceß-Lehrbuch.

Herausgegeben,
durchaus revidirt, und theils kritisch theils erleuternd glossirt,

von

Professor Dr. Karl Eduard Morstadt,

in Heidelberg.

Zweiter Band.

Heidelberg,
Neue akademische Buchhandlung von Karl Groos.

1825.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Inhaltsverzeichniß.

Seite

Beweisverfahren im ordentlichen Processe. Fortsetzung (§. 205—224.) 1

Von den summarischen Processen (§. 225—249.) 38

Von den Haupthandlungen in der Executionsinstanz (§. 250—262.) 103

Von den Haupthandlungen in der Rechtsmittelinstanz (§. 263—285.) 114

Von den Zwischenhandlungen im Civilprocesse (§. 286—309.) 190

Vom Concursprocesse (§. 310—325) . . . 235

Anhang. Theoretisch-praktische Bemerkungen über die Anerkennung — Agnition und Recognition — der schriftlichen Beweisurkunden, deren Anerkennung durch Instruments- und andere Zeugen, den Diffessionseid, die Handschriftvergleichung, und andere Aechtheitsbeweise. Ausführlichere Commentation von §. 196. 202. und 203. 276

Beweisverfahren im ordentlichen Processe.

Fortsetzung.

§. 205—206.

Wenn der Richter

1. eine Beaugenscheinigung von dem Streitobjecte, oder von dessen Umgebungen, oder sonst eine Apperception mit seinen eigenen äußeren Sinnen, §. 123. c., bloß zu dem Zweck für nöthig findet, um die Klarheit und Sicherheit seiner Vorstellung von dem Sinne der Parteivorträge zu gewinnen: so kann hierbei von einem Beweistermin schon deßhalb die Rede nicht seyn, weil das Gericht, zu dieser seiner eigenen Handlung, sich selber keinen Beweistermin vorschreibt; sondern einen Tag wählt, an welchem es sie vollziehen will. Werden die Parteien, in diesem Falle, beigeladen, «gegenwärtig zu seyn»: so ist diese Ladung nichteinmal arctatorisch; sondern beide Theile können die Ladung unbefolgt lassen, insofern ihnen nicht eine positive Aufklärungshandlung zugleich geboten worden war. Will aber

2. eine Partei, welcher der Beweis auferlegt ist, den Richter von der Wahrheit des Beweisthema, durch des Gerichts eigene Wahrnehmung — Sinnenbefund, überzeugen, so tritt Alles in die Bahn der Beweisantre-

tung, und unter die Bestimmungen über die Zeit des Gebrauchs der Beweismittel, §. 170. ff. Dann ist um die Beaugenscheinigung und dergl., im Laufe des peremtorischen Beweistermins, zu bitten. Durch den Antrag des Beweisführers um ihren Vollzug, mit Bestimmung ihres Gegenstandes, wird der obliegende Beweis angetreten. Archiv, Bd. 1. S. 39. So wenig der Beweisführer, nach verflossenem peremtorischem Beweistermine, von irgend einem ihm, in jenem Zeitraume, bekannt gewesenen Beweismittel Gebrauch machen darf, so wenig ist Dieses dem Richter, vorher oder nachher, erlaubt: denn Beides würde mit der Verhandlungsmaxime geradezu im Widerspruch stehen. Wenn jedoch die beweisführende Partei, nach justo tempore unternommener und nach beendigter Beweisführung, darauf anträgt, «daß das Gericht, zur bessern Verständlichkeit der durch andere Beweismittel hervorgebrachten Beweisgründe, das Streitobject in Augenschein nehmen möge»: so tritt Dieses wieder in das Gebiet des ersteren Falles; und es ist also ein solches Gesuch an den Beweistermin nicht gebunden.

§. 207.

A. Will der Richter, bei einer officiellen Instructionsbesichtigung §. 205. und §. 206. Nro. 1. seiner Aufklärung, oder seinem Gedächtniß, durch Sachverständige zu Hülfe kommen (z. B. durch Erklärung technologischer Worte, oder um eine Zeichnung — einen Riß — fertigen zu lassen, und dergl.), so sind die zu einem solchen Zwecke zugezogenen Sachverständigen keine Beweismittel, sondern nur Hülfsmittel der richterlichen Instructionsbesichtigung. Archiv, Bd. 1. S. 49.

B. Beweis durch Kunstverständige ist vielmehr nur dann vorhanden, wann die Wahrheit, oder die Unwahrheit, des Beweisthema, durch deren Erachten, ausgemittelt wer=

den soll. Dann werden sie wahre Beweismittel; dann ist ihr Gebrauch an die Beweisfrist gebunden; und dann sind sie eben nicht mehr Gehülfen des Richters, als die Zeugen dies seyn sollen, §. 123. e. In diesem Gebiete darf sie der Richter nicht ex officio beiziehen; sondern er muß abwarten, ob der Beweisführer der Sachverständigen, als eines Beweismittels, sich bedienen wolle. Ausgenommen ist nur eine vorsorgliche Verhütung, arg. leg. 1. Dig. 25. 4. [1]), und der Nothfall eines unvollkommen, oder widersprüchlich vorliegenden, Beweises [2]) durch Sachverständige: wo dann [3]) von dem Gericht zugezogene andere Sachverständige die Stelle eines gesetzlichen Eides einnehmen, §. 124. e. Von dem Zeugenbeweise unterscheidet sich jedoch die Beweisantretung durch Sachverständige darin, daß der Beweisführer den Richter ersuchen kann, die Kunstverständigen selber auszuwählen: voraus-

---

1) Das hier gemeynte provisorische Verhüten, daß, vor Anstellung der Expertise, das Streitobject umgewandelt, oder überhaupt ein sicheres Gutachten erschwert — ja vielleicht unmöglich gemacht — werde: wird der Verfasser doch nicht in den Kreis dieser Beweisführung selber ziehen wollen? Auch darf ja, nach dem Geiste des Privatrechts und nach der Verhandlungsmaxime, dieses Provisorium nicht ex officio, sondern nur auf Antrag des Producenten, erfolgen. M.

2) sollte heissen: «zweier sich widersprechender Gutachten von Sachverständigen.» Die vom Producten vorgeschlagenen Kunstverständigen sind nicht Mittel des directen Gegenbeweises: sonst müßte ihr widerstreitendes Gutachten das dem Producenten günstige Gutachten der gegenüberstehenden Experten geradezu aufheben: der Beweis wäre mißlungen, und es könnte von einem superarbitrium nicht die Rede seyn. M.

3) Dies gilt nur von dem in der vorigen Note bezeichneten Falle des Widerspruchs; aber nicht vom Falle des unvollständigen Beweises durch Experten. M.

gesetzt nur, daß dieses Gesuch in der Beweisantretung, im Laufe der peremtorischen Beweisfrist, geschehe. Grolman, §. 84. Danz, §. 330. Archiv, Bd. 1. S. 41. Bd. 2. S. 119 ff.

C. Die nächste Bedingung der Glaubwürdigkeit eines Sachverständigen ist, wie bei dem Zeugen, Eidesfähigkeit und ein vorher — vor Ertheilung des Gutachtens — abgeleisteter Eid. Dieser aber wird nicht auf ein historisches Erzählen einer früherhin, mit äußeren Sinnen, appercipirten Thatsache gerichtet, sondern, dem wesentlichen Inhalte nach, dahin: «der Sachverständige wolle, nach seiner besten Kenntniß und Erfahrung, ohne Rücksicht auf Freundschaft 2c., sein Gutachten über den ihm bezeichneten Gegenstand ertheilen.» Ist ein Sachverständiger schon vorher, solcher Geschäfte wegen, öffentlich angestellt, und deßhalb, für alle in der Zukunft vorkommende Fälle, vereidet, so bedarf es jener speciellen Vereidigung nicht. Danz, §. 346.

D. So wie bei den Zeugen vorzüglich die bessere ratio scientiae entscheidet, arg. L. 21. §. 3. D. 22. L. 13. D. 22. 3., so muß bei den Kunstverständigen die bessere Sachkenntniß, und die bessere Begründung des Gutachtens, den Vorzug haben. Die häufig entgegengesetzte L. 1. pr. D. 25. 4., aus welcher man das Princip der Stimmenmehrheit folgern will, spricht bloß von einer provisorischen Verfügung, und erwähnt auch nichteinmal der Stimmenmehrheit *).

§. 208. 209. 210. 211.

A. Die Beweisantretung durch Sachverständige ist derjenigen mittelst Zeugen sehr ähnlich. In einer Beweisantretungsschrift macht der Beweisführer diejenigen

*) Diese letztere Behauptung wird durch den dürren Buchstaben der angeführten l. 1. widerlegt. M.

Puncte, allenfalls in einer besondern Anlage, namhaft, welche er durch ein Erachten Sachverständiger erweisen will. Er benennt diese Sachverständigen, oder bittet den Richter, sie selber zu wählen (§. 207.). Bei zusammengesetzten (§. 223.) articulirten Beweisen können jene Puncte, jene factischen Grundlagen [1]) des Gutachtens, auch den Artikeln miteinverleibt werden. Rechtsfall Nro. 139. Sollen die Sachverständigen zugleich auch von ihnen selber appercipirte Thatsachen historisch aussagen, so bittet man: «die ernannten Sachverständigen nicht nur als solche, sondern auch als Zeugen, zu vereidigen.» Denn, nehmen sie eine doppelte Eigenschaft an: als Zeugen und als Sachverständige: so bedarf es auch beider Eide. Der Zeuge soll nicht urtheilen, der Sachverständige aber nur urtheilen: wiewohl diesem Urtheil auch die Frage zum Grunde liegen [2]) kann: ob eine Thatsache geschehen, oder jetzt vorhanden, sey, oder ob sie in der Folge sich ereignen werde? Archiv, Bd. 1. S. 40.

B. Die Procedur wodurch die Sachverständigen zur Ertheilung ihres Gutachtens oder Erachtens hingeleitet und instruirt werden, ist, je nach dessen vielfachen Gegenständen, ebenfalls sehr mannigfaltig, und bestimmt sich nach der Natur der Sache in concreto. Auf die Beweisantretung §. 208. wird, der Regel nach, ein Productionstermin, wie bei den Zeugen, angesetzt; und nach Umständen werden die Sachverständigen und Parteien gleich dahin geladen, wo der Gegenstand des bezweckten Gutachtens sich befindet. In dem Termine muß der Producent die von ihm benannten Sachverständigen förmlich produciren; so wie der Product Diejenigen, welche er, seinerseits, beigeben will. Diese Sachverständigen

---

1) Objecte! M.

2) «als Gegenstand aufgeworfen seyn» M.

hat der Product, nach der Insinuation der Beweisantretungsschrift, zu ernennen: damit sie mitbeigeladen und mitvereidet werden. Doch gestattet man wohl auch, daß er sie in dem Productionstermin persönlich mit zur Stelle bringe, oder allenfalls einen besondern Productionstermin auswirke. Wenn nun der Product den Fortschritt der Sache nicht durch Beweiseinreden hindert, so werden die nicht schon öffentlich vereideten Sachverständigen zuvörderst mit dem Eide belegt (§. 207. lit. C.), und erhalten dann die einzelnen Puncte (§. 208.), nebst Instruction, als factische Grundlage ihres Gutachtens. Dabei kann sich nun auch eine vorgängige Beaugenscheinigung des Locals, oder des Objects, nöthig machen; wohl auch respective eine Abmessung und dergl. Diese Vorbereitungen geschehen bisweilen unter Direction des Gerichts; manchmal aber bleiben sie auch den Sachverständigen allein überlassen. Bringt hingegen der Product Einreden vor: — insonderheit gegen die Sachverständigen, wegen Mangels an Kenntniß, verdächtiger Verhältnisse zum Producenten, oder zur Sache: — so kann, durch jene Beweiseinreden, ein Aufschub der Vereidung, und ein förmliches Productionsverfahren, auch hier entstehen. Sachverständige werden leichter verworfen als Zeugen. Schon bloßen Verdachts wegen werden sie inhabil: denn sie können, der Regel nach, leichter durch Andere ersetzt werden, als Solches bei Zeugen der Fall ist. Eben deßhalb muß man consequent auch annehmen, daß in locum eines verworfenen Sachverständigen, selbst nach verflossenem Beweistermine, ein Anderer, vom Producenten, ernannt werden dürfe, §. 174.; und eben Dieses im Fall wann ein ernannter Sachverständiger sich selber weigern sollte, das von ihm verlangte Gutachten zu ertheilen. Hierzu können sie auch nicht, wie die Zeugen, gezwungen werden, wenn sie nicht zu solchen Geschäften öffentlich ange=

stellt sind, oder gänzlicher Mangel an solchen Sachverständigen, im Gerichtsbezirk oder in der Nähe, sich findet. Dann tritt der Grund des Zwangs zum Zeugniß auch bei ihnen ein. Sind solche Hindernisse nicht eingetreten, oder sind sie beseitigt, so werden die vereidigten Sachverständigen nunmehr zur Ertheilung ihres Gutachtens veranlaßt. Aber auch hier ist die Procedur mannigfaltig. Bald werden sie, wie Zeugen, nur zu Protocoll vernommen: wobei aber der Richter, wenn das Erachten Gründe erfordert, diese, auch ex officio, den Sachverständigen abfordern muß; bald wird ihnen aufgegeben, ihr Gutachten schriftlich zu verfassen, respective mit Zeichnungen und dergl., zur Verständlichkeit des Ganzen. Die Sachverständigen können sich, vor Ertheilung des Gutachtens, miteinander bereden, wie die Mitglieder eines Spruchcollegii: nur daß Stimmenmehrheit nicht entscheidet. Sie können hier, wenn sie nicht ausdrücklich angewiesen sind, «einzeln ihr Urtheil zu äußern»: zu einem gemeinschaftlichen Erachten sich vereinigen; aber auch, wenn sie verschiedener Meynung sind, schon deßhalb einzelne besondere Gutachten abgeben. Auch die Parteien dürfen sich über die Sache mit ihnen besprechen, ihnen die Localitäten zeigen ꝛc. Wenn, bei Taxationen, die Sachverständigen in Classen (Sectionen, Schürzen) gesondert werden, so anticipirt gewöhnlich der Richter sein Nothrecht (§. 123. e.) dadurch, daß er die dritte Section sogleich ernennt, nachdem der Producent die Eine, und der Product die Andere, ernannt hat. Claproth, §. 304. Danz, §. 300. ff.

C. Da, in der Beweisführung durch Sachverständige, diese keineswegs Gehülfen des Richters sind, sondern nur wahre Beweismittel, so darf der Producent, wenn die zugelassenen Sachverständigen ein ihm nicht zusagendes (ein abfälliges) Gutachten ertheilt haben, nach verflosse-

nem Beweistermine, nicht nochmals Sachverständige ernennen: er könnte sich denn auf eine Nullität des Verfahrens stützen, oder darauf, «daß das Gutachten selber ein Beweis der Ignoranz der angeblichen Sachverständigen sey, ohne daß man ihm, dem Producenten, eine culpa in der Wahl beimessen könne.» Solche Fehler, welchen sich abhelfen läßt, berechtigen ebenfalls nicht zur Ernennung neuer Sachverständigen; sondern diejenigen Sachverständigen, welche — als Beweismittel zugezogen — jene Fehler verschuldeten, sind anzuweisen, solche zu verbessern: z. B. die nicht beigefügten Gründe noch nachzubringen. Gönners, zu §. 201. angezogene, aus Obigem sich von selbst widerlegende, falsche Meynung geht dahin: «die Sachverständigen seyen immer Gehülfen des Richters, und daher sey eine Wiederholung von Richteramts wegen erlaubt.»

D. Im Fall wenn durch das Gutachten der Sachverständigen das Gewesenseyn, oder Geschehenseyn, einer solchen reinen Thatsache ausgemittelt werden sollte (durch Schlußfolgerungen aus einem vorliegenden thatsächlichen Zustand, z. B. aus dem Daseyn anscheinender Reste eines Grabens, dessen Gewesenseyn, Lauf und dergl.), über deren Wahrheit oder Nichtwahrheit dem Gegner des Beweisführers auch ein Schiedseid hätte angetragen werden können, §. 213., ist auch der Richter befugt, das unvollkommene Gutachten der Sachverständigen durch einen Erfüllungs- oder Reinigungseid eines der streitenden Theile ergänzen oder entkräften zu lassen. Der Gegenstand dieses Eides ist das thatsächliche Beweisthema (z. B. daß der Graben vorhanden, oder nicht vorhanden, gewesen sey), oder auch die Wahrheit oder Nichtwahrheit einer dem Gutachten, als Prämisse, als Untersatz, zum Grund liegenden Thatsache: so wie über die factische Prämisse einer praesumtio juris vel hominis der Schieds-

eid angetragen werden kann. Archiv, Bd. 1. S. 342. Note *. Ein solches Urtheil der Sachverständigen hingegen, welches ein Künftigseyn, ein Werden, ausspricht, oder ein solches Gewesenseyn, oder Jetztseyn, dessen Existenz nur als ideales Resultat besonderer Kunstregeln oder Sachkenntniß anzusehen ist, (z. B. «ob das opus tauglich, meisterhaft, sey» — «ob die Mühle hinreichendes Gefäll und Wasser habe», und dergl.) kann, weil die Parteien zwar die Eigenschaft eines Zeugen annehmen können, nicht aber die eines Sachverständigen, durch einen richterlichen Eid so wenig ergänzt als vernichtet werden; sondern hier tritt ein anderes richterliches Nothrecht ein: nämlich das, andere Sachverständige, ex officio, als Gehülfen des Richteramts, beizuziehen, §. 23. e. Vergl. Gönner, Handb. Bd. 2. Abh. 45. §. 18. Archiv, Bd. 1. S. 40 und 52.

§. 212.

1. Der Schiedseid — juramentum voluntarium, delatum —, ist, metaphysisch betrachtet, ebensowenig ein Beweismittel, als der Zeugeneid. Archiv, Bd. 1. S. 53 und 54. Die Gesetze nennen ihn jedoch selber »remedium expediendarum litium«, L. 1. D. 12. 2., und der Sprachgebrauch ist einmal herrschend.

2. Jeder, von einer Partei, über die Wahrheit oder Nichtwahrheit einer zu beweisenden, der Hauptsache angehörigen, Thatsache abgeleistete Eid ist ein Haupteid. Ein solcher ist auch das suppletorium, das purgatorium, und das juramentum in litem. Thibaut, P. R. §. 1163. ff. Der Verfasser des Lehrbuchs nennt das juramentum voluntarium, seu delatum — den angetragenen Eid (Schiedseid) — vorzugsweise den Haupteid: wahrscheinlich dadurch irre geleitet, daß man das juramentum delatum in speciellem Bezug auf den Gefährdeeid §. 219. und als dessen Gegensatz, den Haupteid zu nennen pflegt.

3. Der Eid überhaupt ist die Betheuerung entweder

a. der Wahrheit oder der Nichtwahrheit einer Thatsache (assertorium), oder

b. eines Versprechens (promissorium), mit religiösem Bezug auf die Gottheit (§. 123. b.). Die Gesetzgebung nimmt die Religion zu Hülfe, um die eigene Behauptung einer Partei beweiskräftig zu machen. Archiv, Bd. 2. S. 23 ff. Es kann ein Eid

c. auch zugleich assertorium und promissorium, i. e. mixtum, seyn: z. B. der Zeugeneid. In minder wichtigen Sachen kennt man auch eidliche Angelöbnisse in des Richters Hand — «an Gerichtshand», entweder mit dem Zusatze: «so wahr mir Gott helfe», oder auch ohne diesen Zusatz (Vergelübdung). Der ordentliche gerichtliche Proceß erfordert aber, der Regel nach, körperliche, leibliche, Eide: i. e. unter den gesetzlichen und gerichtsgebräuchlichen Formen persönlich abgeleistete Eide. Thibaut, §. 1155. Die äußern Formalitäten der Ableistung sind bekannt. Der Menonite ist jener Formen enthoben: er gelobt nur an Gerichtshand an, mit den Worten: «bei Mannenwahrheit, an Eides Statt» oder: «mit wahren Worten, an Eides Statt.» Den Israeliten ist gemeinrechtlich eine besondere Eidesformel vorgeschrieben. K. G. O. Thl. 1. Tit. 98. Landesgesetze aber haben an dem Judeneide Manches modificirt. Hartleben: meditat. ad Pandect. Nro. 9.

4. Jeder Eid soll die objective Wahrheit, oder Nichtwahrheit, eines facti probandi herstellen, oder ergänzen; nicht aber die subjective Meynung des Schwörenden. Aus diesem Grunde bestreitet man die Zulässigkeit eines juramenti ignorantiae et credulitatis. Allein wenn von einem zu beweisenden facto tertii die Rede ist, so kann oft der Schwörende nur sein Nichtwissen und Nichtglauben, oder aber respective sein Wissen und Glauben, eidlich erhär=

ten; und der Eid würde großen Theils aufhören, ein remedium expediendarum litium zu seyn, wenn er immer nur auf die positive Wahrheit des facti probandi gerichtet werden müßte. Auch ist das juramentum ignorantiae selbst den römischen Gesetzen nicht fremd. Die Praxis verbindet sehr zwecklich, und einer bessern Gesetzgebung angemessen, immer das Wissen und Glauben: — durch die Reichsgesetze und das Hülfslehnrecht hierzu autorisirt. Archiv, Bd. 2. Abh. II.

§. 213.

1. Die juramenti delatio hat die Natur einer bedingten Veräußerung des Streitobjects. Daher die angegebene Beschränkung der Vormünder, und aller derjenigen Personen, welche über das Streitobject nicht frei disponiren können!

2. Auch der nicht schwurfähige Infame darf sich der Eidesdelation bedienen: weil das juramentum calumniae und die relatio juramenti nicht absolut nothwendig sind. S. die vom Compendio angeführten Schriften von Pufendorf, G. L. Böhmer und Meister.

3. Von einem dritten, in dem anhängigen Proceß, als Partei nicht mitverhandelnden, Subjecte kann die Ableistung eines dem Gegner angetragenen Eides dann verlangt werden, wann die Einheit des Rechtsgeschäfts, und die bessere Kenntniß jenes Dritten, dessen Beiladung begründet (§. 295.): z. B. von dem Cedenten, wegen Einreden, die gegen Solchen gerichtet, aber auch gegen den Cessionar von Wirkung, sind. Thibaut, P. R. §. 79. Grolman, §. 91. Glück, §. 799.

4. Die Ableistung eines einem Eidesunmündigen zugeschobenen Eides wird bis zu dessen Eidesmündigkeit aufgeschoben. Thibaut, P. R. §. 1163.

5. Litisconsorten, als bloße socii (§. 32.), müßen, gemeinem Rechte nach, Alle schwören. Pufendorf, l. c. not. g. Die moralische Person hingegen schwört nur durch einige Mitglieder, welche die beste Wissenschaft von der Sache haben. Nach gemeinem Rechte wählt sie diese Mitglieder selber aus; nach manchen Landesgesetzen aber werden dieselben, zweckliecher, vom Gegner benannt. Danz, §. 369. Davon, und von einem reichsgesetzlichen Privilegio fürstlicher Personen, abgesehen müßen, nach der richtigen und praktischen Erklärung der L. 9. §. 6. L. 42. §. 2. D. 12. 2., alle Haupteide in Person abgeleistet werden; und nur der Gefährdeeid kann durch einen speciell Bevollmächtigten, in animam principalis, abgeschworen werden. Danz l. c. Oelze, Anleit. zur gerichtl. Praxis, §. 254. Malblanc, de jurejurando, §. 94. Claproth, §. 331. Thibaut, §. 1156.

6. Administratores rei alienae, z. B. Vormünder, können und müßen über facta propria administrationis selber schwören. L. 4. pr. D. 12. 3. Struben, B. 4. Bd. 34. Thibaut, §. 1156.

7. Auch über seine eigenen facta (propria), und über facta aliena (tertii), darf der Producent seinem Gegner den Eid antragen, wenn auch dieser nur de ignorantia et credulitate schwören kann (§. 212. Nro. 4.). Denn nicht die Wahrscheinlichkeit einer Kenntniß des Producten, sondern die physische Möglichkeit seiner Kenntniß und seiner innern Ueberzeugung von der Wahrheit oder Nichtwahrheit der streitigen Thatsache, wird dabei in Betracht gezogen. Vergl. mein Handb. S. 168., mit d. Archiv, Bd. 2. Abh. 1. und 2.

8. Wenn über das contrarium einer in den Acten schon bewiesenen Thatsache deren Beweisführer der Eid angetragen wird, so bildet jener schon vorhandene Beweis sofort die Gewissensvertretung, §. 217. Im Fall

also ein directer Gegenbeweis, durch Zeugen oder Urkunden, anticipirt wurde, z. B. von dem Kläger über das Nichtwahr der den peremtorischen Einreden des Beklagten zum Grunde liegenden Thatsachen, (M. Beitrag zur Gesetzgebung ꝛc. S. 7. Nro. 4. a. und m. Anleitung zur gerichtl. Praxis, S. 66), der zum Hauptbeweis (im metaphysischen Sinne) pflichtige Theil aber der Eidesdelation, als eines Beweismittels, sich bedient (z. B. der Beklagte, im Gebiete des indirecten Gegenbeweises über die Wahrheit seiner zerstörenden Einrede), so ist die Erklärung über diesen angetragenen Eid, und dessen Abschwur, auszusetzen, bis das Resultat jenes, durch andere Beweismittel unternommenen, directen Gegenbeweises vorliegt. Denn dieser enthält zugleich eine anticipirte Gewissensvertretung. Daß, warum, und inwiefern, der Eidesantrag über einen zum directen Gegenbeweise gehörigen Satz nicht Statt finde: siehe im Zusatze zu §. 125.

9. Im Strafprocesse, zum Beweis des Grundes einer, vor dem Strafrichter, auf die öffentliche Strafe erhobenen Anklage: wenigstens im Gebiete der peinlichen Verbrechen: darf sich der Ankläger der Eidesdelation an den Angeklagten nicht bedienen. Martin, Lehrb. des Criminalproc. §. 111. Insofern hingegen der laesus mit einer Privatklage auftritt: sey diese nun auf eine poena privata gerichtet, oder sey sie bloß eine actio rei persecutoria, kann dieser Kläger dem Beklagten, wie man annimmt, den Schiedseid über das größre Verbrechen deferiren. In dieser Civilsache reicht civilistische formelle Wahrheit und ficta confessio zur Verurtheilung hin; in Criminalsachen aber, zur Begründung der öffentlichen Strafe, nur das mit dem bewiesenen äußern Thatbestand harmonirende Geständniß, und directer Zeugenbeweis. L. 5. §. 8. L. 11. Dig. 47. 10. Auf den Adhäsionspro-

ceß läßt sich Obiges nicht ausdehnen, da er nur ein accessorium des Strafprocesses ist, §. 242. Ja es fragt sich noch: ob nicht das R R., da wo es jenen Schiedseid über Verbrechen zuläßt, auf delicta privata zu beschränken sey?

10. Ueber alle facta, L. 34. D. 12. 2., folglich auch die interna, findet Eidesantrag Statt: mithin auch über die mit einem äußern, bewiesenen, facto verbunden gewesene innere Absicht: z. B. über den animus injuriandi, insofern die äußere Handlung so geeigenschaftet ist, daß auch die Absicht des Beleidigens wirksam damit verbunden seyn kann. So auch z. B. über die Absicht einer Handlung als gestio pro herede, insofern die Handlung zweideutig wäre. L. 20. D. 29. 2. Hommel, obs. 262.

11. Aus dem irrig erklärten Princip: «die Eidesdelation habe die Natur eines Vergleichs», folgert man auch: «es könne, in dem Ehescheidungsproceß, derjenige Ehegatte, welcher Ehescheidung bezweckt, seinem beklagten Gatten, über die Wahrheit der Ehescheidungs=Ursache den Schiedseid nicht antragen.» Die Ehe nach päbstlichem Recht, als Sacrament, betrachtet, möchte auch diese Folgerung, schon als Satz an sich *) nicht ungegründet seyn. Cap. 34. X. 2. 24. Cap. 5. X. 4. 13. Cap. 11. X. 1. 36. Cap. 9. X. 1. 41. Cap. 7. X. 2. 27. Da jedoch bei den Protestanten jene Nebenqualität der Ehe hinwegfällt, so ist deren Doctrin, wiewohl mit mancherlei zwecklosen Unterscheidungen, fast durchgängig insofern harmonisch, «daß auch im Ehescheidungsproceß die Eidesdelation nicht ausgeschlossen sey.» Meister, am angef. Orte. Hagemann, Erört. B. 6. Nro. 30. Vergl. a. d. Archiv, Bd. 2. S. 32.

*) D. h. ohne Rücksicht auf die Vergleichsnatur des Schiedseides. M.

12. Ueber Rechtsbegriffe, z. B. Gewohnheitsrecht, Besitz, Verjährung, Eigenthum und dergl., findet Eidesdelation nicht Statt; wohl aber über die Thatsachen, aus deren Daseyn jener Begriff hervorgeht; z. B. über die *actus* juris consuetudinarii, über Besitzhandlungen und dergl. Archiv, Bd. 2. S. 32 und 36.

§. 214. 215. 216.

A. Von der Zeit, zu welcher der Beweisführer von der Eidesdelation, als einem Beweismittel, Gebrauch machen kann und soll: insonderheit ob dieselbe an die Beweisfrist dann gebunden sey, wann sie eventuell geschieht? s. den Zus. zu §. 174. vergl. mit Archiv, Bd. 1. Abh. 12. §. 3. S. 157 ff. und den sogleich folgenden Satz B.

B. Die Form der Beweisantretung durch Antrag des Schiedseides ist mehrfach. Es kann diese Delation sogleich als Anhang der Klage geschehen: nämlich bedingt, eventuell, auf den Fall, daß der Beklagte die Geschichtserzählung §. 135. ganz, oder Theile hiervon, verneinen werde (Rechtsfall Nro. 33.); und manche Landesgesetze haben Dieses sogar geboten, wenn der Kläger der Eidesdelation sich bedienen wolle. Oeltze, §. 72. Gemeinem Rechte nach kann sie aber auch in der Replik, oder zu irgend einer andern Zeit des ersten Verfahrens, geschehen: und gar häufig fügen die Parteien ihren Behauptungen, im Laufe des Verfahrens, sogleich die Eidesdelation hinzu. Wurde aber ein Beweisinterlocut publicirt, und hierin eine peremtorische Beweisfrist vorgezeichnet, und die beweispflichtige Partei will jenes Beweismittel zur Hand nehmen, so erhält diese, an jene Frist gefesselte, Beweisantretung eine mehr bestimmte, jedoch in den verschiedenen deutschen Ländern und Gerichten auch nicht gleichmäßige, Form. Ist das Beweisthema speciell und rechtskräftig vorgeschrieben, so kann sich der Beweisfüh-

rer, unter der Erklärung: «daß er den ihm obliegenden Beweis durch Eidesdelation antreten und führen wolle», auf jenes Beweisthema mit der Aeußerung beziehen: «er trage hierüber (über dessen Nichtwahrheit) seinem Gegner den Schiedseid an.» Ist kein Beweisthema erkannt, so muß der Deferent die Thatsachen, welche, nach Lage der Acten, zusammengenommen dieses Thema bilden, selber ausheben, und über diesen Satz, oder über diese Sätze, dem Producten, auf eben jene Weise, den Eid zuschieben. In manchen Ländern entwirft der Beweisführer die ganze Eidesformel, welche der Product ausschwören soll; und fügt diese der Beweisantretungsschrift ein, oder an. Bei zusammengesetzten articulirten Beweisen entstehen auch wohl besondere Eidesartikel (Rechtsfall, Nro. 139. Art. 10. 14. 34. 46.). Im Fall der Product die Thatsachen, worüber er schwören soll, in den Acten noch nicht beantwortet hat, so muß das Gesuch des Producenten auch dahin mitgerichtet werden: «daß der Product auf jene Thatsachen zuvörderst sich einlassen solle.» Dann unterscheidet man

a. die Einlassung, i. e. die Antwort auf die Thatsachen, worüber der Eid angetragen ist, und

b. die Erklärung auf den Eid, i. e. die Willensäusserung des Producenten, «ob er schwören, oder den Eid zurückgeben, oder sein Gewissen mit Beweis vertreten, wolle.» Ehe jene Einlassung und diese Erklärung erfolgt ist, wäre ein richterlicher Entwurf der Eidesformel eine vergebliche Handlung: besonders da der Product auch zuvor mit seinen Beweiseinreden gehört werden muß, lit. D.

C. Nach der L. 11. Cod. 4. 1. soll dem Beweisführer das Zurücknehmen des geschehenen Eidesantrags erlaubt seyn »ad litis usque terminum«; nicht aber

a. »post sententiam definitivam«: i. e. nachdem der

Richter, «daß und was zu schwören sey», rechtskräftig erkannt hat, mit Angabe der Folge des Schwörens, oder Nichtschwörens; oder

b. wenn der Eid schon abgeleistet ist — »necdum eo praestito.« Aus diesen Worten schließt man: «auch die von dem Producten erfolgte Annahme des Eides hindere des Producenten Widerrufsrecht nicht.» Daß der römische und deutsche Proceß hierin nicht harmoniren, ergibt sich aus der L. 11. Cod. 7. 45.: denn in den deutschen Gerichtshöfen ist es keine Nullität, wenn der Sentenz auf Eidesleistung die Definitivsentenz nicht angehängt wird; vielmehr hält man das Aussetzen des Endbescheides bis zur gänzlichen Erledigung des Eides, mit Recht, für zwecklicher. Auch verordnen nicht wenige Landesgesetze: «nach geschehener Acceptation des Eides, von Seiten des Producten, falle des Producenten Befugniß, das juramentum delatum zu revociren, hinweg: indem ein Vertrag durch die Acceptation entstehe.» Schaumburg, in pr. prax. jud. Lib. 1. S. 1. C. 3. M. 5. §. 9. Auch enthält die L. 12. Cod. 4. 1. einen starken Grund gegen des Producenten Befugniß, nach geschehener Acceptation des Producten, den Eid zurückzunehmen. Auf jeden Fall aber setzt das römische Recht das Nichtvorhandenseyn eines peremtorischen Beweistermins voraus. War ein solcher vorgezeichnet, und der Producent wollte, nach dem Abfluß jenes fatale, den Eid zurückziehen, so würde er keine anderen Beweismittel substituiren dürfen, §. 175., und also, durch jenen Wiederruf, seinen eigenen Beweis selber desert machen*). Uebrigens verordnet auch die L. 11. Cod. 4. 1.: «wer den Eid revocire, dem sey die Rückkehr zu diesem Be-

*) Vergl. hier Reinhardt's Handb. des ordentl. Processes, Bd. II. §. 255. M.

weismittel abgeschnitten.» Neu aufgefundene Beweismittel (s. unten lit. I. a. E.), oder indicia eines Meineides, sind, nach der herrschenden Meynung, ein besonderer Grund zur Revocation, so lange nur noch nicht geschworen ist. Vergl. a. *Cocceji*, jus contr. L. 12. tit. 2. q. 26, ibi Emminghaus. Archiv, Bd. 1. Abh. 22. Die von den Gesetzen ganz übergangene Frage: ob der Product nach erfolgter Acceptation revociren und seine Zuflucht zur Gewissensvertretung nehmen könne? ist deßhalb zu verneinen, weil, nach einer getroffenen Wahl, die Reue im Allgemeinen untersagt ist. L. 21. §. 6. Dig. 4. 2. L. 1. §. 10. Dig. 42. 6.[1])

D. Die Beweiseinreden des Producten können sich hier, außer den Allgemeinen §. 177. (z. B. desertae probationis etc.), hauptsächlich auch beziehen

a. auf die Irrelevanz oder Allgemeinheit der Thatsache, worüber der Eid angetragen ist. Eine besonders scharfe Prüfung des Richteramts ist hierbei Pflicht: damit kein vergeblicher Eid geschworen werde.

b. Auf die Nichtbefugniß des deferirenden Subjects (§. 213. Nro. 1.); und

c. auf das der Eidesdelation, wenigstens streitig[2]), entzogene Object. Zus. zu §. 213. Nro. 9. 10. 11. 12.

E. Wird dem Producten über dessen eigenes und alleiniges, mit dem Producenten nicht gemeinschaftlich voll=

---

1) Die L. 11. Cod. 4. 1. zeigt, daß diese Regel wenigstens beim zugeschobenen Eide, zum Vortheil des Deferenten, eine Ausnahme leide (s. lit. C.); und mit Recht scheint mir daher Reinhardt, l. c. §. 256., kraft des Princips der Rechtsgleichheit der Parteien, diese Frage zu bejahen: jedoch natürlich unter der Bedingung, daß die dem Delaten anberaumte peremtorische Erklärungsfrist noch nicht abgelaufen sey. M.

2) soll heissen: «wenigstens nach der Meynung mancher Proceßlehrer.» M.

zogenes, Factum der Eid angetragen, so darf der Product diesen Eid nicht referiren: weil er de veritate schwören kann; der Producent aber nur de scientia et credulitate. Archiv, Bd. 2. Abh. 2. §. 3. Note 10.

F. Ueber die Beschaffenheit der entworfenen Eidesformel (welche dem Producten vorher in Abschrift zugefertigt werden muß), entstehen oft besondere Streitfragen: indem der Product, oder wohl auch — wenn der Richter die Eidesformel entworfen hat — der Producent, Einwendungen dagegen vorbringt: z. B. daß irrelevante Thatsachen mitaufgenommen seyen, daß Zweideutigkeiten darin sich fänden, und dergl., lit. D. 1. Dann berichtigt der Richter die Formel, wenn die Rüge gegründet ist; oder er interloquirt, «daß eine Abänderung nicht Statt finde.» S. auch das Lehrb. §. 218.

G. Durch die Zurückschiebung des angetragenen Eides verlangt der Product von dem Producenten, «dieser selbst solle die Wahrheit seiner eigenen Behauptung, worüber er, Producent, ihm, Producten, den Eid angetragen hat, eidlich erhärten.» Dabei darf der Product jener Behauptung des Producenten durchaus keinen Zusatz geben, keine Einrede und dergl. miteinfügen: denn Dieses wäre eine delatio juramenti, und keine relatio. Oelze, in der Anleit. zur gerichtl. Praxis, §. 214. Der Richter aber ordnet dann die Eidesformel so, wie sie dem Schwur des Producenten angemessen ist, L. 34. §. 8. D. 12. 2.: ohne daß hiermit gesagt seyn kann, «es dürften jener Formel andere Thatsachen eingewebt werden, als der Producent seiner delatio zum Grunde legte. Vergl. Struben, Th. 4. Bed. 183.

H. Wird der Eid zurückgeschoben, so hat der zurückschiebende Product keinen Gefährdeeid zu leisten; wohl aber muß dann der Producent voran das juramentum calumniae, und dann auch den Haupteid, schwören, wenn

ihn das Landesgesetz von dem Ersteren nicht befreit. Man findet Dieses in einzelnen Ländern: weil, wer den Haupteid leistet, gewiß auch den Gefährdeeid abschwören würde, unnöthige Eide aber zu vermeiden sind.

I. Den Producten, welcher den Abschwur eines statthaften Eides, ohne erlaubte Zurückschiebung, und ohne Erbieten zur Gewissensvertretung, verweigert, trifft die poena recusati juramenti, vel jurare nolentis: i. e. eine ficta confessio des Satzes, worüber ihm der Eid angetragen wurde. Weigert sich der Producent, den, erlaubter Weise, ihm referirten Eid abzuschwören, so wird seine zu beweisende Behauptung, ebenfalls in poenam recusati juramenti etc., nunmehr für unwahr gehalten. Gegen die relatio juramenti darf sich der Producent der Gewissensvertretung §. 217. nicht bedienen: denn dies wäre offenbar eine revocatio juramenti, und eine unerlaubte Substitution anderer Beweismittel *). Wenn jedoch der Producent, nach verflossenem Beweistermin, ihm, innerhalb von diesem, unbekannt gebliebene Beweismittel neu aufgefunden hat, so gestattet man ihm die Revocation des Eides, nach vorgängiger Bescheinigung, oder eidlicher Erhärtung, jenes Unbekanntseyns und dieses neuen Auffindens.

---

*) Gestützt auf die, in l. 11. Cod. cit. ausgesprochene, Erlaubniß einer solchen revocatio post acceptationem, behauptet Reinhardt, l. c. §. 255., die Erlaubtheit dieser Gewissensvertretung auch post relationem juramenti, d. h. das reuige Recurriren auf andere Beweismittel: wenn anders der peremtorische Beweistermin noch nicht abgelaufen ist; jedoch so, daß der Deferent, nach mißlungener Gewissensvertretung, nicht mehr zur Annahme des ihm referirten Eides seine Zuflucht nehmen kann. Die Frage bleibt wohl, den Gesetzen nach, immer streitig; allein der Gerichtsgebrauch scheint sie durchgängig conform mit Gensler zu entscheiden. M.

§. 217.

Die Gewissensvertretung ist ein, vom Producten unternommener, directer Gegenbeweis wider die nämlichen Thatsachen, worüber demselben der Producent den Eid angetragen hat. Sie findet, der richtigen Meynung nach, nur bei dem Schiedseid Statt; nicht aber bei dem gesetzlichen Eide, Malblank, a. a. O.: denn sie hat kein positives Gesetz für sich: ist nur, als ein singuläres Institut, durch den Gerichtsgebrauch gebildet: unrichtig gefolgert aus Cap. 2. X. 2. 19.; und würde die Gewissensvertretung gegen ein Suppletorium oder Purgatorium zugelassen, so wäre Dieses wirklich ein Nachbringen solcher Beweismittel, welche man im Laufe des Beweistermins unbenützt gelassen hat. So würde eine der ersten Regeln des Processes verletzt. Vor Ablauf eines peremtorischen Beweistermins darf aber auf einen Erfüllungs- oder Reinigungseid gar nicht erkannt werden. Zusatz zu §. 164. ff. lit. K. 1. Anders aber verhält sich die Sache, wenn die zum gesetzlichen Eid verurtheilte Partei die Beweismittel neu auffindet: denn durch diese kann sogar ein abgeschworener gesetzlicher Eid wieder entkräftet werden (§. 175.). Bei der Gewissensvertretung sich der Eidesdelation über die nämliche Thatsache bedienen zu wollen, über welche der Eid angetragen ist: wäre im Grunde nichts Anderes als eine relatio juramenti, und ist also, im Allgemeinen, unerlaubt*). Allein da der künstliche Beweis (§. 123. c.) bei der Gewissensvertretung nicht ausgeschlossen ist, so muß es auch erlaubt seyn, über die Prämissen des bezweckten Schlusses sich der Eidesdelation zu bedienen. Der Schluß aus den Prämissen ist dann das directe Gegentheil des Satzes, worüber der Eid angetragen ward; und über diese Folgerung wird ja

---

*) «Ungereimt» würde ich lieber sagen! M.

der Eid nicht deferirt. Die Antretung des Gewissensvertretungsbeweises hat ganz die Form einer andern Beweisantretung. Die Zeugen werden ebenso ernannt, die Urkunden inducirt ꝛc.; es wird ein Productionstermin anberaumt; es kann ein Productionsverfahren, und selbst ein Productionserkenntniß, entstehen. Die Gewissensvertretungs=Artikel (wenn deren gefertigt werden, §. 182.) fangen gewöhnlich mit «Nichtwahr» an, als directes contrarium der Eidesformel. Ist jedoch der Beweissatz des Deferenten eine negative Behauptung (Archiv, Bd. 1. S. 265 ff.), oder wird die Gewissensvertretung künstlich geführt (s. oben), so heben sie auch mit «Wahr» an. In keinem Fall aber darf der Delate das directe Contrarium des gegnerischen Beweissatzes überschreiten: d. h. er darf nichts einmischen, was zu dem indirecten Gegenbeweis gehört.

Fällt nun das Resultat dieses Beweises zur Vertretung des Gewissens, aus

1. vollkommen, so wird der Eid für geleistet geachtet;

2. unvollkommen, so wird auf einen gesetzlichen Eid — Suppletorium oder Purgatorium — erkannt;

3. ganz leer, oder die Gewissensvertretung wird versäumt, so gestattet die Praxis dem Producten die Rückkehr zum Abschwur des angetragenen Eides; ja sogar die relatio: weil durch die Gewissensvertretung dem Gegner die Beweislast nicht abgenommen, sondern diese nur suspendirt, worden sey. Zwecklicher haben manche Landesgesetze verordnet, «Desertion und gänzliche Leerheit, oder Irrelevanz, des Gewissensvertretungs-Beweises solle die fictio zur Folge haben, der Unternehmer habe nicht schwören können», i. e. poenam juram. recusati, seu jurare nolentis. Danz, §. 381. Deltze, §. 215. Schaumburg, L. 1. Sect. 1. Mb. 3. Cap. 5. §. 14.

Erklärt sich der Delate zur Gewissensvertretung bereit, so ist der Deferent zur Ableistung eines Gefährdeeides nicht verbunden: es wäre denn, daß die Sache in den Fall sub Nro. 3. zurückfiele, und kein Landesgesetz den Rückschritt zur Acceptation oder Relation des angetragenen Haupteides untersagte.

Ein Gegenbeweis wider die Gewissensvertretung wird, der richtigen Meynung nach, nicht zugelassen: weil sie selbst schon ein directer Gegenbeweis ist, und also die Regel eintritt: non datur reprobatio reprobationis *). Weniger gerecht ist es, daß man nur allgemeine Fragstücke, keine speciellen (§. 187.), zulassen will. Denn Letztere finden auch bei dem directen Gegenbeweise Statt, und sind eine wesentliche Vertheidigung des Producten. Vergl. übrigens Thibaut, Pand. R. §. 1164. Oeltze und Schaumburg, a. a. O.

§. 218. 219. 220.

A. Die Eidesformel mag vom Producenten oder von dem Richter entworfen werden, so muß Letzterer mit höchster Vorsicht streben, deren Inhalt der zu beweisenden Thatsache und dem schwörenden Subject genau anzupassen, um jeden Ueberfluß, jede Dunkelheit, Zweideu-

---

*) Diese Regel beruht auf der einfachen Wahrheit, daß ja die probatio selber schon eine reprobatio directa reprobationis directae vorstellen soll und vorstellt. Dies setzt aber voraus, daß man die probatio zulasse, und nicht, wie Gensler hier will, aus dem unstichhaltigen Grunde abschneide, weil, wenn man sie zuließe, sie eine reprobatio reprobationis wäre: denn dies ist sie ja virtualiter immer. Durch sein Suspendiren der Erklärung über das ihm gemachte Vergleichsangebot kann doch wahrlich der Delat dem Deferenten dessen Recht zur Hauptbeweisführung durch sonstige Mittel, nicht entreißen: ein Recht, worauf Letzterer nur unter einer Bedingung verzichten wollte, die nicht eingetreten ist. Vergleiche auch Reinhardt: l. c. §. 254. M.

tigkeit und dergl. zu vermeiden: weil sonst leicht eine reservatio mentalis begünstigt wird, und weil das Irrelevante durch den Eidschwur nicht relevant werden kann, wenn es nicht schon vorher durch Rechtskraft relevant geworden war: denn Dieses ist allerdings möglich. Archiv, Bd. 1. S. 362 ff. Es ist der Richter, bei jener Prüfung, weniger an die Worte der Parteien gebunden, als an die klare erschöpfende Darstellung des Sinnes desjenigen thatsächlichen Satzes, über welchen der Eid angetragen worden ist, und werden konnte. Diese Gränze darf er aber auch nicht überschreiten. Die L. 11. C. 7. 44. ist bloß ein römisches Proceß-Formgesetz, und wird daher in den deutschen Gerichtshöfen nicht beachtet (Zus. zu §. 214. ff. lit. C.); kann auch dann nicht beachtet werden, wann der Satz, worüber der Eid deferirt wurde, das ganze Beweisthema nicht umfaßt.

B. Wenn der Gegner des zur Ableistung bereitwilligen Schwurpflichtigen diese Ableistung

a. dolo oder temere verzögert, und dieser verstirbt während dieser Verzögerung, so nimmt die Praxis an, «der Eid sey für geleistet zu achten.» Arg. L. 39. et 161. D. 50. 17. L. 24. D. 35. 1. Dahingegen, im Fall wenn

b. die Verhinderung aus entschuldbaren Gründen geschah (z. B. wegen Berichtigung der Eidesformel), die Erben der verstorbenen schwurbereiten Partei noch schwören müssen, wenn der Deferent nicht andere Beweismittel substituiren will, §. 174. Leyser, Sp. 144. Wernher, P. 10. obs. 444. Die Meynung, «Letzteres (sub b.) finde auch im Falle unter a. Statt, weil nach der L. 12. Cod. 4. 1. der Verstorbene eventuell, in perpetuam rei memoriam, schwören könne»: ist deßhalb grundlos, weil facultas keine obligatio und necessitas ist, am wenigsten zum Vortheil eines die Eidesableistung, dolo oder temere, verzögernden Gegners.»

C. Wenn der Schwurpflichtige selber die Eidesleistung dolo oder temere verhindert, und darüber verstirbt, so muß man, consequent mit den Principien unter B., annehmen: «er habe bona fide nicht schwören können.» Verdienen aber die Verzögerungsgründe Entschuldigung, so können seine Erben schwören, wenn der Producent den Eid nicht zurücknehmen und andere Beweismittel substituiren will, §. 174.

D. Die Erlassung des Haupteides ist bedingt mit dem freien Dispositionsrecht über das Streitobject (§.213. Nro. 1.), und wirkt ebensoviel als sey der Eid wirklich abgeleistet.

E. Sollen, in dem angesetzten peremtorischen Schwörungstermine,

1. beide Parteien schwören, und

a. keine erscheint, so ist der Termin bloß circumducirt, mora cum mora compensatur; ein anderweitiger Schwörungstermin (Tagfarth) ist anzusetzen; die Kosten des versäumten tragen beide Theile. Im Falle aber wenn

b. nur der Producent aussen bleibt und sich an dem Gefährdeeid versäumt, der Product hingegen erscheint, und bereit ist den Haupteid abzuleisten, so wird dieser für geleistet angesehen: es wird angenommen, der Producent habe den Gefährdeeid bona fide nicht schwören können. Dafern

c. der Producent erscheint, bereit den Gefährdeeid zu leisten, der Product aber versäumt den peremtorischen Schwörungstermin, so wird fingirt: Letzterer habe den Haupteid bona fide nicht schwören können; und der Producent braucht nichteinmal den Gefährdeeid abzuleisten. Hat aber

2. nur die eine Partei zu schwören (z. B. der Eid ist referirt), so ist die Ladung an diejenige Partei, welche keinen Eid leisten soll, bloß monitorisch; der andere

schwurpflichtige Theil kann das Aussenbleiben seines Gegners als einen Ungehorsam nicht ansehen, und muß dennoch die ihm obliegenden Eide abschwören, sub poena jurare nolentis. Der Schwörungstermin dauert übrigens auch hier nur bis 12 Uhr Mittags. Zusatz zu §. 116. lit. E. Ein besonderes fatale oblationis kennen die älteren sächsischen Proceßgesetze*). Oeltze, §. 213. Schaumburg, l. c. L. 1. S. 1. m. 3. c. 5. §. 15.

F. Gegen das richterliche Erkenntniß, welches bloß als Folge des abgeleisteten Schiedseides, diesem ganz gemäß, ertheilt wird, soll weder ein Devolutiv- noch ein Suspensiv-Rechtsmittel Statt finden: weil der Eid selbst als res judicata angesehen wird. L. 2. D. 12. 2. L. 56. D. 42. 1. L. 1. D. 44. 5. L. 12. D. 4. 1. Wegen der Proceßkosten, in dem Fall, wann der Proceß durch Ableistung eines juramenti voluntarii definitiv entschieden wird, s. mein Handbuch, S. 341. ibi all.

§. 221.

A. Von dem Begriff, dem Zwecke, und von der Begründung, des Erfüllungseides, nebst dem juramento quantitatis, so wie des Reinigungseides, s. die Zusätze zu §. 123. b. §. 179. a. Archiv, Bd. 1. S. 51.

B. Das juramentum in litem theilte die irrige Praxis:

1. in das juramentum affectionis, mit dem Princip: der dolo oder culpa lata Beschädigte könne den Werth — Betrag — des erlittenen Schadens, nach seiner Affection zu der beschädigten Sache, unbeschränkt, über den wahren Werth hinaus, beschwören;

---

*) Jeder nämlich, dem der Eid deferirt oder referirt oder vom Richter auferlegt ist, muß, nach dieser abrogirten Particularproceßnorm, binnen 8 Tagen, um Anberaumung eines Schwurtermins nachsuchen, bei Strafe der fingirten Eidesweigerung. M.

2. und in das juramentum veritatis, mit dem Princip: der durch geringere culpa Beschädigte könne nur den wahren Werth, Marktpreis, eidlich erhärten. Die römischen Gesetze enthalten eigentlich Folgendes:

a. der dolo oder culpa lata Beschädigte kann, (vorausgesetzt, die schädliche Handlung an sich ist erwiesen, L. 9. Cod. 8. 4. L. 7. D. 26. 7.), sofort, ohne weiteren Beweis des Schadensbetrags, zur eidlichen Erhärtung, sowohl des Schadens an sich, als des Betrags desselben, sich erbieten. Insofern nun durch diesen Eid bewiesen wird, «aus der bewiesenen schädlichen Handlung sey ein positiver Schaden wirklich hervorgegangen» *), ist er kein subsidiarisches Suppletorium, sondern ein directes Beweismittel, welches, in diesem Puncte, den Gebrauch anderer Beweismittel gar nicht voraussetzt. Es ist dieses juramentum in litem gegeben in poenam doli et culpae latae. Dieser Eid kann jedoch allerdings die Natur eines Suppletorii annehmen: im Falle nämlich der Schaden, oder dessen Betrag, auch durch andere Beweismittel in tantum, unvollkommen, schon bewiesen ist. L. 68. Dig. 6. 1. L. 1. D. 12. 3. L. 9. Cod. 8. 4. Die Gesetze sagen auch allerdings, «der Beschädigte könne in infinitum schwören», L. 68. cit. Durch die neuere Vorschrift aber, «Niemand dürfe sein Interesse über das Doppelte des wahren Werthes beschwören», L. un. Cod. 7. 47.: ist wenigstens diese gesetzliche Gränze festgesetzt. Aber es fragt sich auch: ob nicht durch diese Gränzbestimmung das in den Gesetzen gegebene Minderungsrecht

---

*) Da es hier unmöglich auf eine Handlung ankommen kann, die schädlich seyn kann, sondern eine solche vorausgesetzt wird, die auch in concreto schädlich war, so glaube ich, mit Reinhardt, l. c. pag. 47., daß der Beweis der Beschädigung selber keineswegs durch das juramentum in litem geführt werden könne. M.

des Richters aufgehoben sey?[1]). Nur landesgesetzlich ist der Minderungseid des Beklagten. Hellfeld, jurispr. for. §. 819. Der Zenonische Eid, welcher eine vis voraussetzt, wird in den Gesetzen selber ein juramentum in litem genannt, L. 18. Dig. 4. 3. L. 15. §. 9. D. 43. 24.[2]).

Weil nun das juramentum in litem ein selbstständiges Beweismittel ist, und nur den Beweis der schädlichen Handlung an sich voraussetzt, so kann sich auch der Beschädigte selber zu dessen Ableistung erbieten: auch sogleich in der Klage. Allein eben weil er als Beweismittel betrachtet werden kann, ist auch sein Gebrauch an die peremtorische Beweisfrist gebunden: zumal da es dem Beschädigten frei steht, auch anderer Beweismittel, an seiner Statt, sich zu bedienen. L. 71. Dig. D. 6. 1. L. 2. Cod. 5. 33. Daß man durch ihn — seine Grundlage, dolus oder culpa lata des Gegners, vorausgesetzt! — auch den wahren, einfachen, Betrag des veranlaßten Schadens eidlich erhärten könne: versteht sich von selbst. Arg. L. 21. Dig. 50. 17.

Als poena doli et culpae latae findet das römische juramentum in litem gegen die Erben nicht Statt, L. 4. Cod. 5. 53.: abgesehen von bereits eingetretener Litispendenz gegen den schadenden Erblasser. §. 146.

b. Der durch ein geringeres Versehen Verletzte muß, nach römischem Recht, außer der schädlichen Handlung, auch die Größe des Schadens, durch andere Beweismittel als sein Anerbieten zur eidlichen Erhärtung, darthun, L. 2. C. 5. 53. Es wird aber in Ansehung

---

1) Gewiß nicht: denn die angeführte lex unica regulirt bloß das maximum des Interesse; sagt aber keineswegs, daß der Richter sich die Beschwörung dieses maximum stets gefallen lassen müsse. M.

2) Vergl. Reinhardt, l. c. Bd. II. §. 241. M.

des letzten Puncts ihm eher der Erfüllungseid, als juramentum quantitatis, zuerkannt, als dem Beschädiger der Reinigungseid. Diesen Quantitätseid nennt nun die Praxis auch einen Würderungs- oder Schätzungseid. Allein er ist nicht das römische juramentum in litem; — er ist nur subsidiarisch: ein wahres suppletorium; und es kann sich daher der Beweisführer zu ihm nicht erbieten, sondern als richterlicher Eid hängt er von der Reflexion des Richters ab: — dieser hat auf denselben zu erkennen *). Thibaut, P. R. §. 1166.

§. 222.

A. Die Wahrscheinlichkeits-Vermuthungen, praesumtiones hominis §. 123. d., welche den künstlichen oder indirecten Beweis bilden (Archiv, Bd. 1. S. 35), entwickeln sich häufig,

1. in dem Proceßgange, von selber, ohne besondere Beweisführung: theils durch Harmonie der streitenden Theile über einzelne Thatsachen, welche nicht das Beweisthema selber sind, jedoch mit diesem in einem Cohärenznexus, Causal- oder Coëxistenznexus, stehen; theils aber schon aus der Natur und Stellung der Angriffs- und Vertheidigungsmittel der Parteien. Insofern sind die richterlichen oder menschlichen Vermuthungen, als Vernunftschlüsse aus actenmäßigen Thatsachen, an eine Beweisfrist nicht gebunden. Sie entstehen oft im ersten Verfahren, und treten, ohne die Beweislast zu verrücken §. 171., stillschweigend in die Beweisinstanz mit hinüber, entwickeln und befestigen sich wohl erst in der Beweisinstanz, ohne eine besondere, auf sie gerichtete, Thätigkeit der Parteien: ja wohl erst in dem Hauptverfahren: und gesellen sich dann der Reflexion des actenkundigen, die

*) Vergl. hier den Entwurf LXX. meiner Materialkritik. M.

Beweise prüfenden, Richters von selbst zu — gleichsam unwillkührlich: verleiten ihn wohl gar, wenn er die schuldige Kälte und Strenge des Juristen §. 61. vergißt, zu einer Ueberzeugung, welche von der formell gerechten abweicht: — sie führen ihn in das subjective arbiträre Vernunftrecht — zur sogenannten moralischen Ueberzeugung. Ihre Anwendung ist dann bedingt mit dem Daseyn einer andern förmlichen Beweisführung über das nämliche Factum, für welches, aus ihnen, eine Wahrscheinlichkeit spricht: — sie wachsen dem durch Beweismittel absichtlich geführten Beweis oder Gegenbeweis, als accessorium, zu. Bisweilen aber werden diese praesumtiones hominis

2. der Zweck und das Resultat einer förmlichen Beweisführung: so daß die thatsächliche Prämisse, aus welcher jene Vermuthung, als Folgerung — als Vernunftschluß, hervorgehen soll, ebenso bewiesen wird, wie sonst das Beweisthema selber. In diesem Falle tritt über die Prämissen (Untersatz) eine der bisher von uns erleuterten Beweisführungen ein: entweder durch Zeugen, oder Urkunden, oder richterliche Sinnenwahrnehmung, oder Sachverständige, oder Eidesantrag: wohl auch durch eine Häufung solcher Beweismittel §. 175. a. Dann treten überall die Regeln dieser Beweisführungsarten ein. §. 183. ff. In dem Productionsverfahren kann, neben den allgemeinen Beweiseinreden §. 177., auch die Relevanz der vom Producenten beabsichtigten Schlußfolgerung ein Gegenstand der Parteiverhandlungen werden; und ebenso in dem Hauptverfahren: theils ob die Prämissen bewiesen sind? theils ob ein Schluß auf die Wahrheit des Beweisthema, und welcher — ob ein stärkerer oder schwächerer — aus ihnen hervorgehe? Ein voller Beweis wird selten durch Schlußfolgerungen hervorgebracht: abgesehen von dem Falle einer physischen Nothwendigkeit. Archiv, Bd. 1. S. 36, Note ***. Man findet entweder

a. daß der Beweisführer einen concurrirenden cumulum mehrerer Wahrscheinlichkeiten zu beweisen sucht, oder

b. daß derselbe jene Schlußfolgerungen, neben directem Beweise, nur adminiculirend benützt, als Stütze und Verstärkung der directen Beweisgründe. Insonderheit bedient man sich dieses künstlichen Beweises nicht selten in dem Gebiete des Beweises einer Negative: besonders zu dem directen oder wahren Gegenbeweise, §. 125., um das Nichtwahr der gegnerischen, positiven, Behauptung folgerungsweise darzuthun; und Dieses ist auch da der Fall, wo der directe Gegenbeweis die Eidesdelation zuläßt: nämlich über die Wahrheit der Schlußprämisse. §. 125. 217.

So oft nun die Wirkung eines Schlußfolgerungs-Beweises zu beurtheilen ist, entsteht die Präjudicialfrage: ob die Prämisse bewiesen sey? Diese Prüfung geschieht nach den allgemeinen Principien §. 179. ff. Hier können also auch gesetzliche Eide eintreten: das Suppletorium zur Ergänzung, das Purgatorium zur Auflößung, des unvollkommenen Prämissen-Beweises. Ist nun die Prämisse gar nicht bewiesen, oder ist ihr unvollkommener Beweis durch einen Reinigungseid vernichtet, so ist die Schlußbasis juristisch unwahr, und also keine Schlußfolgerung möglich gemacht. Ist aber der Prämissenbeweis vollgeführt, oder durch ein Suppletorium ergänzt, so entsteht die weitere Frage: was wirkt die hervorgebrachte Schlußfolgerung für die richterliche Ueberzeugung? Die so begründete praesumtio *juris* würde volle Ueberzeugung hervorbringen, Archiv, Bd. 1. S. 33, Note *; allein die praesumtio hominis hat, je nach ihrem stärkeren oder schwächeren Cohärenznexus mit dem Beweisthema, vielfache Grade der Wahrscheinlichkeit, welche, je nach den Verhältnissen in concreto, bald nur Kostencompensation (als

Entschuldigung gegen temeritas litigandi), bald einen Reinigungseid, bald ein Suppletorium, begründet; — einen vollen Beweis aber nur in dem schon gedachten Falle einer physischen Nothwendigkeit, und, wiewohl selten, bei einem concurrirenden cumulus mehrerer Schlußfolgerungen, so wie ein starker Indicienbeweis in Strafsachen. Dem directen Gegenbeweis angehörige Schlußfolgerungen können dem gegenüberstehenden Hauptbeweis Abbruch thun; und da wo der Richter auf einen gesetzlichen Eid zu erkennen hat, kann die praesumtio hominis die Waagschaale zum Vortheil der einen Partei aus dem Gleichgewicht setzen.

B. Wenn die factischen Grundlagen einer praesumtio juris

1. schon in dem ersten Verfahren als liquid vorliegen (z. B. bei der actio negatoria *), so bedarf es keiner weiteren Beweisführung. Will sie aber der Beweispflichtige

2. aus einer vom Gegner verneinten, noch unerwiesenen, Thatsache ableiten (z. B. aus der behaupteten, jedoch verneinten, Zurückgabe der Handschrift den Erlaß der Schuld, L. 2. §. 1. Dig. de pactis), so muß er, auf dem Wege der ordentlichen Beweisführung, erst die factische Prämisse der Rechtsvermuthung, als die Bedingung von deren Daseyn (jenes Zurückgeben der Schuldschrift), beweisen. Dabei tritt nun Alles ein, was lit. A. Nro. 2. von dem Beweise des Untersatzes einer praesumtio hominis gesagt wurde: nur daß, wenn die Prämisse voll bewiesen, oder ihr Beweis durch ein Suppletorium ergänzt, ist, die nun begründete Rechtsvermuthung sogleich für volle juristische Wahrheit gilt, keines weitern

*) Gensler meynt hier die praesumtio libertatis dominii et praediorum. M.

Suppletorii bedarf, und durch einen kahlen Reinigungseid des Producten nicht aufgelößt werden kann.

§. 223.

Bedient sich ein Beweisführer der gesetzlichen Befugniß, «zu der nämlichen Beweisführung mehrere Arten der Beweismittel (Zusatz zu §. 123. ff.) zugleich zu gebrauchen, mit- und nebeneinander, — sie zu häufen §. 175. a., — so daß der Richter die durch alle Beweismittel hervorgebrachten Beweisgründe (§. 123. ff.), bei der Ertheilung der Definitivsentenz, auf einmal, zusammen, vor seine Reflexion ziehen soll (neben den Zeugenaussagen auch den Inhalt der Urkunden, den richterlichen Sinnenbefund, das Erachten der Sachverständigen ꝛc.): so nennt man eine solche Beweisführung einen zusammengesetzten oder gemischten Beweis: nämlich in Hinsicht auf die concurrirenden verschiedenartigen Beweismittel. Diejenige Partei, welche eine solche Beweisantretung unternehmen will, hat zunächst die zwei Hauptfälle zu unterscheiden:

1. «ob ganz die nämliche Thatsache, durch mehrere Beweismittel, verschiedener Art, bewiesen werden solle», oder

2. «ob das Beweisthema, — dieses als ein Ganzes betrachtet, — in solche einzelne Theile, einzelne Sätze, sich auflöße, welche in der Zusammensetzung, als Geschichtserzählung, das Beweisthema bilden. In dem ersten Falle ist die gleichzeitige Häufung der Eidesdelation mit irgend einer andern Art von Beweismitteln, unbedingt ausgeschlossen, §. 157. a; in dem zweiten Falle hingegen nur insoweit unerlaubt, als der Beweisführer auch über das einzelne Glied, d. h. den einzelnen zum Beweisthema — als einem Ganzen — gehörigen Satz, neben Zeugen oder Urkunden ꝛc., auch des Schiedseides gleichzeitig sich bedienen wollte. Archiv, Bd. 1. Abh. 12.

Steht nun dem Beweisführer ein Hinderniß der Häufung nicht entgegen: stehen ihm wirklich mehrere Arten der Beweismittel so zu Gebot, daß sich auch ihr gleichzeitiger Gebrauch für das vorliegende Beweisthema eignet, sey es für das Ganze, oder für die getrennten Theile: so treten diese mehreren Arten der zugleich wirksam werden sollenden Beweismittel in eine formelle Connexität: d. h. innerhalb der Beweisfrist muß der Beweisführer mit jedem der gehäuft werden sollenden Beweismittel Dasjenige unternehmen, was er mit solchem bei der Antretung eines einfachen Beweises (wo es allein stände), zum Zweck des legalen Gebrauches, zu unternehmen haben würde. Innerhalb jener Frist muß also der Beweisführer, z. B., nicht nur die Zeugen und Sachverständigen ernennen (§. 183. 208.), sondern auch um die Beaugenscheinigung bitten (§. 205.); deßgleichen von der Eidesdelation, insofern diese Statt findet, Gebrauch machen (§. 214.) — selbst von dem eventuellen Eidesantrag (§. 175.) ꝛc.: und zwar überall mit Bestimmung derjenigen Thatsachen, — Sätze des Beweisthema —, welche durch jede (eine oder die andere) Art der Beweismittel bewiesen werden sollen (§. 174.). Am zwecklichsten, und einer guten Gesetzgebung angemessen, ist es, daß alles Dieses auf einmal geschehe: daß in einer einzigen Beweisantretungsschrift nicht nur die Zeugen und Sachverständigen ernannt, sondern auch die Urkunden inducirt, werden, daß der erlaubte Eid angetragen, daß um die Besichtigung gebeten, wird, und daß hierbei das Proceßgesuch Alles umfasse, was das Gericht, der Natur und dem Zwecke jeder einzelnen Art der gehäuften Beweismittel gemäß, zunächst verfügen soll (§. 185. 200. 208. 214.). Beweisartikel sind auch hier nur in Ansehung der Zeugen positiv-wesentlich §. 184.; allein erlaubt, und nicht zweckwidrig, ist es, dann wann Zeugen con-

curriren, sämmtliche einzelne Beweissätze in eine geschlossene Reihe von Artikeln zu bringen, und zu diesen die verschiedenen Beweismittel dergestalt zu bezeichnen, daß aus der Beweisantretungsschrift und den anliegenden Artikeln sich ergibt, zu welchen Artikeln jedes gehäufte Beweismittel gebraucht werden soll. Der Rechtsfall 139. meiner Sammlung enthält eine solche Beweisantretung. Ist diese Beweisantretung geschehen, und der Richter findet sie zulässig §. 178., so decretirt er eine Tagfarth zur Fortsetzung des angetretenen zusammengesetzten Beweises für alle gehäufte Beweismittel — einen für Alle gemeinschaftlichen Productionstermin. In diesem werden nicht nur die Zeugen und Sachverständigen, sondern auch die Urkunden, producirt ꝛc. — In Rücksicht auf jedes gehäufte Beweismittel muß der Beweisführer erklären und bitten: «was der Product vollziehen, und was der Richter verfügen, soll, damit das bezweckte Resultat des Beweismittels, der factische Beweisgrund, hervorgebracht und actengewiß werde.» §. 176. — Auch werden die Beweiseinreden zugleich, in einer Schrift, gegen alle Beweismittel vorgetragen, Deltze, in der Anleit. §. 230.; und das Hauptverfahren wird nicht eher eröffnet als bis mit allen Beweismitteln geschehen ist, was, auf des Producenten Gesuch und nach ihrem Zweck, mit ihnen hat geschehen sollen und können: — bis also die Zeugen verhört, die Urkunden anerkannt oder für anerkannt geachtet, oder verworfen, bis die deferirten Eide verworfen oder geschworen, sind, oder des Abschwurs nicht bedürfen, ferner bis das Erachten der Sachverständigen und der Befund des Gerichts zu den Acten gekommen ist. Insonderheit bleiben die Aussagen der Zeugen uneröffnet, bis das factische Resultat aller übrigen mitgebrauchten Beweismittel vor-

liegt, §. 192. Wird ein besonderes Erkenntniß über das Productionsverfahren ertheilt §. 178. — ein Productions- oder Reproductionserkenntniß — so verbreitet sich dieses über alle Theile der zusammengesetzten Beweisantretung, und über alle gehäuften Beweismittel. S. meine Rechtsfälle Seite 145, 157 und 350. Bei der Definitivsentenz hat dann der Richter Alles zusammenzustellen, was aus den factischen Beweisgründen aller Beweismittel, für seine juristische Ueberzeugung, hervorgeht. Diese Thätigkeit des das Resultat des zusammengesetzten Beweises suchenden Richters, um auszusprechen, «ob und wie weit Das bewiesen sey, oder nicht, was der Beweisführer beweisen sollen und wollen»: ist weit mühsamer, als die Prüfung des Resultats eines einfachen Beweises, d. h. zu welchem nur eine Art der Beweismittel gebraucht wurde. Denn der Richter muß nicht nur voran den Werth und die Beweiskraft jedes einzelnen der gehäuften Beweismittel prüfen, nach den allgemeinen Regeln (§. 179. D. lit. A. Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 4. Abh. 21. §. 7.), sondern er hat auch für jeden einzelnen Beweissatz, wenn sich der Beweissatz im generellen Sinn — das Beweisthema, §. 171., — in einzelne Sätze zersplittert (Anleit. zur gerichtl. Praxis, §. 19. Seite 63 a. E. mit Note 21. —), das Resultat jedes einzelnen, eines solchen Satzes wegen, von dem Beweisführer gebrauchten Beweismittels zusammenzutragen, um dann zu prüfen, «ob und wie weit die so vereinigten factischen Beweisgründe verschiedener, gehäufter, Beweismittel die richterliche Ueberzeugung von der Wahrheit jenes Beweissatzes zum Resultat haben.» Wenn, z. B., für einen solchen Satz, oder für das ganze Beweisthema,

a. die Aussage eines einzelnen Zeugen spräche, und überdies

b. der Inhalt einer nicht ganz klaren Urkunde, so entstünde die Frage: «ob jene Zeugenaussage und dieser Urkundeninhalt, zusammen vereinigt, einem vollen Beweise gleich zu achten seyen»? wie z. B. durch zwei classische Zeugen, oder durch eine klare vollbeweiskräftige Urkunde. — Was Kleinschrod, in dem neuen Archiv des Crim. R. Bd. 4. St. 4. Nro. 24. Seite 556 ff., von dem Resultat eines zusammengesetzten Beweises in Criminalsachen lehrt, ist mehr anwendbar auf einen zusammengesetzten Beweis in Civilsachen, als in peinlichen Strafsachen. Martin, Crim. Proc. §. 85.

§. 224.

Wenn die Beweisinstanz ohne Vorschrift eines peremtorischen Beweistermins sich eröffnet hatte, so kommen die Proceßregeln zu §. 164—166. lit. K. zur Anwendung. War ein peremtorischer Beweistermin interloquirt, so erfolgt die Definitivsentenz: verurtheilend oder entbindend: sey sie auch bedingt mit einem gesetzlichen Eide. §. 179. Wird dieses Erkenntniß rechtskräftig, so kann die Sache in die Executions-Instanz eintreten, §. 250. ff. Es kann aber auch, durch ein gegen die Definitivsentenz eingelegtes Rechtsmittel §. 163. ff., eine Appellationsinstanz, Revisionsinstanz und dergl., sich anschließen.

Von den summarischen Processen.

§. 225. 226. 227. 228.*) mit §. 243.

I. Der summarische oder nicht feierliche Civilproceß, im Gegensatze von dem ordentlichen, feierlichen, bürgerlichen Processe, §. 130. mit §. 132. bis 223., theilt sich

A. in den unbestimmten, oder ordentlichen, summarischen Proceß: i. e. denjenigen, welcher von dem ordentlichen feierlichen Processe nur darin abweicht, daß, in seiner Entwickelung, der größere Theil der dort vorgeschriebenen, den Proceß verlängernden, Feierlichkeiten und Förmlichkeiten, zum Zweck einer schnellen Beendigung des Rechtsstreits, unbeachtet bleibt: insonderheit auch die Verhandlungen in kürzere Fristen eingeengt sind: übrigens aber alle materiellen Grundprincipien des ordentlichen Processes: die Verhandlungs- und Eventualmaxime, mit allen absoluten Essentialien: stehen bleiben. Vergl. mein Handbuch, Bd. 1. S. 59.

B. In die bestimmten, oder außerordentlichen, summarischen Processe: d. h. insofern, für die processualische Entwickelung gewisser Rechtssachen, beson=

*) Hierüber vergl. meine Materialkritik: Entwurf LXX.

dere Regeln vorgeschrieben sind, welche eine Abweichung von dem Gange des ordentlich=summarischen Processes zur Folge haben: §. 229 – 242, hauptsächlich so, daß entweder

1. eine Sicherheits=Execution den Anfang macht (Arrestproceß §. 229—232.), oder

2. gleich die erste Verfügung des Richters, ohne vorgängiges — wiewohl nicht abgeschnittenes — Gehör des Beklagten, diesen sofort verurtheilt (unbedingter und bedingter Mandatsproceß §. 184 — 239.), oder wenigstens

3. durch schleunigen, mit der Klage zu vereinigenden, Beweis das verurtheilende Enderkenntniß schnell herbeigeführt werden soll (Executivproceß §. 229—241). Auch rechnet das Lehrbuch dahin

4. den Adhäsionsproceß, §. 242.: wiewohl dieser nur dem Strafprocesse, als zufälliger Nebenpunct, angehört. Zus. zu §. 242. —

C. in den gemischten summarischen Proceß. Für manche Rechtsverhältnisse, welche im Allgemeinen nach den Grundsätzen des ordentlichen summarischen Processes verhandelt werden sollen, sind nämlich einzelne besondere, nicht das ganze Verfahren, sondern nur einzelne Proceßhandlungen, betreffende, Proceßregeln gegeben: so daß nur insofern etwas Bestimmtes sich beimischt. Thibaut, Pand. R. §. 1208. mit §. 1215. Dahin zählt man

1. den Provocations=Proceß §. 244—246., und zwar ex lege *diffamari* §. 245., und

b. ex lege *si contendat* §. 246.; sodann

2. den Besitz=Proceß §. 257. 248.: obgleich, genau betrachtet, es einen besondern possessorischen Proceß nicht gibt, sondern Besitzsachen entweder in einem

der Mandatsprocesse, oder in dem ordentlichen summarischen Processe, verhandelt werden; ferner

3. den Rechnungs-Proceß §. 249.

Nicht ohne Grund hat der Verfasser des Lehrbuchs die Benennung: «gemischte summarische Processe» in seine Eintheilung nicht aufgenommen, sondern diese nur als besondere Zweige des ordentlichen summarischen Processes angesehen. Vergl. §. 248. ff.

Ist übrigens ein summarischer Proceß auch durch eigene Regeln des Verfahrens bestimmt, so greifen doch überall, wo diese Bestimmungen nicht ausreichen, die Regeln des unbestimmten, ordentlichen, summarischen Processes subsidiarisch ein: denn alle summarische Proceßarten sind doch nur Zweige dieses Hauptstammes.

Ueber den Grund des Daseyns dieser verschiedenen Proceßarten und deren Modificationen vergl. man auch Thibaut, Pand. R. §. 1210. Danz, summar. Proc. §. 7. ed. 1806. Grolman, Theorie des gerichtl. Verf. in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten, §. 221.

Die römischen *extraordinariae cognitiones* vor dem Prätor, insonderheit der Interdicts-Proceß, gehören in das Gebiet des summarischen Processes; allein so wie vorzüglich dieser Theil des römischen Processes, bis jetzt, auch der geschichtlichen Rechtsschule ein Dunkel ist, so daß nur einzelne materielle Principien dorther sich schöpfen lassen (besonders über die Frage: «welche streitige Rechtssachen summarisch zu behandeln seyen»?) so gibt uns auch das canonische Recht, für das äußere Verfahren, nur allgemeine Grundzüge. Clem. 2. lib. 2. tit. 1. Clem. 2. lib. 5. tit. 11. Einzelne Reichsgesetze haben zwar einzelne Arten des summarischen Processes zum Gegenstand genommen, aber sie enthalten dennoch

nur Andeutungen und Bruchstücke. Die Doctrin hat das Ganze, von jenen Fragmenten aus, weiter ausgesponnen: nach dem Zwecke und aus der Natur jeder einzelnen summarischen Proceßart. Daher auch so manche verschiedene Ansichten und Streitfragen in dem Gebiete sowohl des unbestimmten als des bestimmten summarischen Processes!

II. Was nun den Hauptstamm — den ordentlichen, unbestimmten, summarischen Proceß betrifft (Nro. I. A.), so definiren ihn Manche als dasjenige Verfahren, bei welchem nur die absolut wesentlichen Grundlagen des ordentlichen Processes, ohne dessen Förmlichkeiten und Feierlichkeiten, zu beobachten seyen.» Allein so gewiß die Essentialia des ordentlichen Processes (Handb. Bd. 1. S. 37 und 59) auch in dem summarischen Processe unverletzt bleiben müssen, so wenig sind doch alle Förmlichkeiten aus ihm verbannt. Er stellt sich vielmehr, je nach seinen Motiven (Thibaut und Grolman cit.), in verschiedenen äußeren Formen dar; gränzt bald (in Rücksicht auf das äußere procedere) nahe an den feierlichen Proceß; wird wohl auch schriftlich verhandelt; bald bleiben alle Feierlichkeiten in ihm unbeachtet, und er berührt fast das tumultuarische Verfahren. Es lassen sich für das Procedere des ordentlichen summarischen Processes folgende allgemeine Grundsätze aufstellen:

1. Die Klage (*imploratio* genannt) wird, der Regel nach, mündlich von dem Kläger (Implorant), zu Protocoll, angebracht. Keineswegs aber ist Dieses, ohne positives Gebot eines Landesgesetzes, wesentlich. Zusatz zu §. 132.

2. Die Geschichtserzählung der Imploratio, mit dem factischen Klaggrund, mit der Bezeichnung des Objects, der Sachlegitimation ꝛc., steht unter den Regeln des ordentlichen Processes §. 134. f.

3. Das Proceßgesuch muß bestimmt auf summarische Einlassung oder Antwort gerichtet seyn, oder auf irgend eine deutliche Weise muß bezeichnet werden, daß der Implorant den summarischen Proceß gewählt habe. Ist jedoch die Sache exclusiv summarisch: d. h. das Gesetz gebietet, über Sachen der vorliegenden Art nur summarisch zu verfahren: so muß der Richter dieses Gesuch als stillschweigend vorgetragen erachten.

4. Das Sachgesuch steht theoretisch ebenfalls unter den Principien des ordentlichen Processes §. 136. Die Praxis ist aber nachsichtiger, und gestattet dem Richter, aus der Geschichtserzählung zu folgern, was Implorant, zufolge der Gesetze, begehre.

5. Das erste Decret auf die nicht verwerfliche Klage §. 140. ist häufig eine (respective sogar mündliche) Ladung des Beklagten (Imploraten): «vor Gericht zu erscheinen und zu Protocoll zu antworten» (sich mündlich vernehmen zu lassen). Der Regel nach muß aber auch hier der Implorat, mit der Ladung, von dem Inhalt der Imploration in Kenntniß gesetzt werden [1]), zum Zweck der Vorbereitung [2]): widrigenfalls auch hier die exceptio deficientis causae citationis Platz greift. Nicht selten wird ihm aber die Imploration, durch ein Decret, mit der Auflage zugefertigt: «binnen einer bestimmten Zeit

---

1) Dies bezweifle ich sehr: denn da es hier dem Imploranten erlaubt ist, seine Klage protocollarisch vorzutragen, so wäre, wenn diese Nothwendigkeit bestünde, die Gerichts-Cancelley, welche das betreffende Protocoll für den Imploraten copiren müßte, zu einem Abschreibinstitut für des Imploranten Bequemlichkeit, herabgewürdigt. M.

2) Diese wird, in den meisten Fällen, hinlänglich dadurch begründet, daß man demselben den Namen des Imploranten und den sogenannten Betreff (z. B. causa et objectum debiti — Miethforderung von 100 fl.) bekannt macht. In den Ausnahmsfällen aber kann er sich durch ein Fristgesuch helfen. M.

schriftlich sich vernehmen zu lassen.» Dieser Zeitraum ist dann gewöhnlich kürzer als in dem ordentlichen feierlichen Processe Nro. 14. Gehört muß der Implorate werden, ehe ein Decisivdecret ihn verurtheilt[1]): denn geschieht die Verurtheilung[2]) gleich in dem ersten Decret auf die Imploration: bedingt oder unbedingt: so fällt die Sache in das Gebiet der Mandats-Processe, §. 233. f.

6. Bei der mündlichen oder schriftlichen Antwort[3]) auf die Imploration, finden materiell alle Einreden Statt, welche auch in dem ordentlichen Processe vorgeschützt werden können: denn die Beschränkung der Vertheidigungsmittel ist nur dem bestimmten summarischen Processe eigen. Der unbestimmte, ordentliche, summarische Proceß behält insofern ganz den Geist des ordentlichen feierlichen Processes; und es ist durchaus unrichtig, wenn Manche, mit dem Lehrbuche §. 228., behaupten: «der ordentliche summarische Proceß lasse keine illiquide zerstörende Einrede zu.» Archiv, Bd. 2. S. 215. lit. Note 7. Unter den dilatorischen Einreden zeigt sich oft die exceptio *non rite formati processus*: insofern nämlich der Kläger zur Wahl des summarischen Processes nicht berechtigt ist. Zus. zu §. 130.

Statt der speciellen Einlassung §. 141. hält man, wiewohl gegen deren gesetzlichen Zweck (klare Feststellung der factischen Streitfrage!) es für hinreichend, wenn nur der Richter aus dem erwiedernden Vortrage des Imploraten herausfinden könne, welche Facta der

---

1) Dies ist doch wahrlich auch in allen bestimmt-summarischen Processen der Fall! M.

2) Lese: «die, wenn auch nur scheinbare, Verurtheilung»! M.

3) Heißt hier soviel als «Vertheidigung.» M.

Imploration derselbe zugestehe, oder nicht. Man findet daher, in der Praxis, nicht selten Antwort und Einreden des Imploraten verwebt, und wendet oft die Principien des qualificirten Geständnisses an: nicht zum Vortheil der bezweckten Kürze!

7. Das erste Verfahren geschieht gewöhnlich zu Protocoll, wenn nicht der Richter ein schriftliches Verfahren einleitete, oder der Implorat, aus wichtigen Gründen, darauf anträgt. So wie der Implorant häufig schon mit der Imploration seine Beweismittel andeutet, oder diese derselben beilegt (z. B. schriftliche Urkunden), so geschieht Dieses auch von dem Imploraten, bei der Erwiederung auf die Imploration; oder die Parteien gehen, auf irgend eine Weise, zum Beweise (Bescheinigung Nro. 8.) freiwillig über. Die ernannten Zeugen werden gewöhnlich ohne Artikel zu Protocoll vernommen. Einseitige Bescheinigungen haben auch hier keine Beweiskraft, §. 175. a. Das erste Erkenntniß ist oft*) definitiv, und häufig ein Protocollar-Bescheid. Zus. zu §. 104.

8. Ist durch das erste Verfahren ein hinlänglicher Grund zur endlichen Entscheidung der Sache nicht gelegt, so entsteht auch hier ein Beweisinterlocut. Rechtsfall Nro. 47. Der Beweis wird Bescheinigung genannt; zu deren Antretung aber eine kürzere Frist als in dem ordentlichen Processe vorgeschrieben (z. B. statt vier Wochen vierzehn Tage). Landesgesetze haben dieser Bescheinigungsfrist, der Regel nach, die peremtorische Qualität beigelegt. Von minder wichtigen Sachen abgesehen, wird die übergebene Bescheinigung wohl auch in Artikel gefaßt, und nähert sich, bald mehr, bald weniger, den Formalitäten des ordentlichen Beweises. Geboten,

*) Aber doch wahrlich nur unter den nämlichen Bedingungen, wie es auch im ordentlichen Processe oft definitiv ist. M.

positiv-wesentlich, wie in dem ordentlichen feierlichen Processe §. 184., sind aber hier, auch in Ansehung des Zeugenbeweises, die Artikel keineswegs. Es haben die Beweismittel, in dem summarischen Processe, der Regel nach, nicht mehr Ueberzeugungs-Kraft als in dem ordentlichen Processe, §. 228. und Nro. 9. Wo, in diesem, schleunig beweisende Beweismittel erfordert werden (vor der Einlassung §. 145!), da sind sie auch in dem summarischen Processe nöthig. Wo in processu ordinario ein Beweis mit langsamen Beweismitteln erlaubt ist (über den Grund der Klage, und alle Behauptungen hinter der Einlassung), da findet auch in processu summario langsamer Beweis Statt. Die dort gegen die Beweismittel Platz greifenden Einreden müßen auch im summarischen Processe gehört werden. Ist die Bescheinigung durch Zeugen, mit Artikeln, angetreten, so darf der Product auch Fragstücke, als wesentliche Vertheidigungsmittel, beigeben: selbst nach dem Geiste der Clement. 2. de verbor. signif. 5. 13. Man sehe die dortigen Worte: *non sic tamen* rel. Das Zeugenverhör selbst, z. B. Vereidigung der Zeugen in Gegenwart des Producten rc., geschieht nach den Regeln des ordentlichen Processes; und es ist gesetzloß, ja der allgemeinen gesetzlichen Vorschrift (L. 9. Cod. de test.) sowie dem Zwecke der Vereidigung (Archiv, Bd. 3. S. 230) entgegen, ein nachheriges Beschwören der ohne Vereidigung geschehenen Aussage für ausreichend zu achten. Wenigstens ist eine solche Procedur nur für die Fälle zu billigen, in welchen sich der Richter, wegen Geringfügigkeit des Objects, mit einer solchen Ueberzeugung begnügen darf (Nro. 9.), die mit den regelmäßigen Formbedingungen nicht befestigt ist. Ein Zeugenrotul wird selten gefertigt; sondern die Verhörsprotocolle §. 139. bleiben im Original bei den Acten. Hauptschriften §. 176. sind unge-

wöhnlich; keineswegs aber absolut ausgeschlossen. Vergl. Rechtsfälle 74. und 123.

9. Bei Erwägung der Frage: «ist der Richter durch die geführte Bescheinigung überzeugt, und wie weit? — ist der Implorate, unbedingt, oder bedingt mit einem gesetzlichen Eide, zu verurtheilen, oder zu entbinden»? treten ebenfalls die Principien und Regeln des ordentlichen Processes ein (§. 179.). In ganz geringfügigen Sachen, und bei Bescheinigung des factischen Besitzes (§. 248.), wird jedoch die volle richterliche Ueberzeugung, nach jenem Maaßstabe, nicht erfordert.

10. Die Eröffnung der Sentenzen hat gleichfalls nichts Abweichendes; nur daß die Publication häufig nicht förmlich geschieht, sondern durch insinuatio, *in vim publicati* §. 106.

11. Suspensiv- und Devolutivrechtsmittel (§. 263. f.) finden auch hier Statt, insofern nicht Landesgesetze sie ausdrücklich untersagen oder beschränken: wie Dieses in ganz geringfügigen Sachen (in causis minutis, Bagatellsachen) nicht selten der Fall ist.

12. Auch Intervention (§. 292.), Litisdenunciation (§. 296.), und Wiederklage (§. 146.), finden in dem summarischen Processe Statt. Nur wird freilich bei Letzterer vorausgesetzt, daß sie zu der nämlichen Proceßart geeignet sey.

13. Die Hülfsvollstreckung geschieht ganz nach den Gesetzen des ordentlichen Processes (§. 250.).

14. Alle Fristen, mit Ausnahme der gesetzlichen Nothfristen (§. 103. f.), sind enger als in dem ordentlichen Processe, und nach den mehrsten Landesgesetzen sogleich, durch das erste Decret, präclusiv — peremtorisch. Vergl. Grolman, §. 227—230. Danz, in dem summarischen Processe, §. 8—11.

15. Das richterliche Fragrecht (§. 122.) kömmt in diesem summarischen Processe vorzüglich oft zur Anwendung: besonders wenn nur zu Protocoll verfahren wird. M. Beitrag zu der Gesetzgebung S. 54.

§. 229. *)

A. Arrest bezeichnet hier weder

a. den Beschlag eines Executionsobjects *post sententiam condemnatoriam*, l. 15. §. 8. seq. Dig. 42. 1., noch

b. die *immissio in bona* zur Erlangung eines Pfandrechts, L. 2. et 3. Cod. 8. 18.; sondern denjenigen Arrest, welcher, *ante rem judicatam*, nur als eine provisorische und interimistische Verfügung, nachgesucht wird, und zwar

1. entweder vor eröffnetem Hauptprocesse, oder
2. zugleich mit der Hauptklage, oder auch
3. nachdem das Verfahren über die Hauptsache bereits im Gange ist. Rechtsfälle Nro. 27. 65. 69. 141.

B. Im Allgemeinen verbieten die Gesetze einen solchen lit. A. Nro. 1. 2. und 3. erwähnten Arrest: als dem Princip des §. 17. entgegen. Sie gestatten jedoch Ausnahmen, in welchen vorläufig, zur Sicherung Dessen, was in der Hauptsache rechtswahrscheinlich erkannt werden wird, der Beklagte eine Beschränkung in seinem Rechtskreise sich gefallen lassen soll. Erlauben sie eine gerichtliche Beschränkung der persönlichen Freiheit des Imploraten, so entsteht der Personalarrest. Darf eines Subjectes Dispositionsrecht über einen Theil oder über das Ganze seines Vermögens gerichtlich beschränkt werden, so entsteht der Realarrest.

Die Erlaubniß zu jenem oder diesem Arrest (Kummer, Verkümmerung) ist aber gesetzlich bedingt mit dem Daseyn bestimmter thatsächlicher Verhältnisse (ist be-

*) Vergl. hier meine Materialkritik, Entw. LXX. M.

schränkt auf namhafte Fälle), wie solche das Lehrbuch unter Nro. 1. 2. 3. und 4. angibt; und in jedem solchen einzelnen Falle soll der Richter erst *causam cognoscere*: d. h. er soll vor der festen *) Verfügung des Arrests erst untersuchen, ob *in concreto* Einer jener gesetzlich bezeichneten Fälle wirklich vorhanden sey. Hierbei soll auch der Implorat gehört werden. Dieses Verfahren nun, welchem die Frage zum Grunde liegt: «ob ein *causa* arresti *justa, legalis,* vorhanden sey»? gibt den Begriff des Arrestprocesses. Als solcher hat er auf die Entscheidung der Hauptsache gar keinen Einfluß; auch wird er nicht immer ausschließlich verhandelt, sondern kann in dem Innern des Hauptprocesses, als ein Nebenpunct, veranlaßt und lebendig werden.

C. Da der Personalarrest noch lästiger, und in seinen Folgen nachtheiliger, ist, als der Realarrest, so soll der Richter den Ersteren nicht eher verfügen als bis Realarrest nicht verfügt werden kann (z. B. weil der Implorat kein Vermögen besitzt, welches der angerufene Richter mit Arrest beschlagen könnte), oder im Falle der Realarrest, zur bezweckten Sicherheit, nicht ausreicht. Daher wird der Personalarrest auch subsidiarisch genannt. In einzelnen Fällen kann es erlaubt und nöthig werden, beide Arreste zugleich zu verfügen. Dieses ist dann der gemischte Arrest (arrestus mixtus).

D. Nur die in §. 229. Nro. 1. und 3. angegebenen causae arresti begründen auch zugleich das forum speciale für die Hauptsache: Zus. zu §. 41. Der, nach der Praxis, in foro contractus zu suchende Arrest (Zus. zu §. 47.) soll dieses Forum nicht begründen, sondern, als be-

---

*) nicht nur vor der festen (oder besser: gerechtfertigten), sondern auch schon vor der provisorischen! M.

reits vorhanden, nur befestigen und wirksam machen. Vergl. das Lehrb. a. E. des §. 229.

E. Manche Personen sind, in Civilsachen, von dem Personalarrest befreit: theils

a. allgemein: d. h. im Verhältnisse zu jedem Imploranten (z. B. inländische nicht flüchtige Geistliche, Soldaten im Dienste), s. auch L. un. Cod. 4. 6.; theils

b. nur relativ (respectiv), d. h. im Verhältnisse zu diesem Imploranten. Hierher rechnet man

α. das Verhältniß der Ehrerbietung der Kinder gegen ihre Eltern, des Vasallen gegen den Lehnsherrn, und dergl.

β. Der Ueberschuldete, welcher sich des beneficii cessionis bonorum bedienen durfte, darf nicht verhaftet werden. Vergl. Danz, summar. Proc. §. 98. f. Ein solches Privilegium gegen Personalarrest schließt aber den Realarrest nicht aus, wenn nicht auch das Vermögen des Imploraten, ganz oder zum Theil, der Verkümmerung gesetzlich enthoben ist. Dieses bewirkt z. B. das beneficium competentiae; und häufig geben Landesgesetze, in Hinsicht auf die Besoldungen der Staatsdiener, Officiere rc., besondere Vorschriften, inwieweit solches Einkommen mit Arrest beschlagen werden dürfe. Vergleiche Danz, a. a. O.

F. Auch solche Vermögenstheile des Imploraten, welche, activ oder passiv, litigiös sind, können, *salvo jure tertii*, mit Arrest belegt werden: z. B. eine im Streit befangene Activforderung des Imploraten, oder ein solcher Theil seines Vermögens, welchen ein Dritter bereits in Anspruch genommen hat; deßgleichen Gerechtsame, z. B. ususfructus etc. Danz, l. c. §. 99.

G. Sowohl der Personal- als der Realarrest findet in Civilsachen nur dann Statt, wann das Object der künf-

tig zu entscheidenden Hauptsache[1]) selbst in Gefahr ist: und zwar so, daß die richterliche Hülfsvollstreckung ohne provisorischen Arrest ganz vereitelt werden könnte. Daher muß auch, nach bereits legal verfügtem Arrest, dieser wieder aufgehoben (relaxirt) werden, wenn nachher der Implorate (nach geschehener Arrestverfügung «Impetrat» oder «Arrestat» genannt!) durch Bürgen oder Pfand eine solche Caution bestellt, welche ebensoviel Sicherheit gibt, als jener Arrest. Thibaut, §. 1214. ibi, nota l. Juratorische Caution ist nur beim Personal-Arrest subsidiarisch anwendbar: im Falle nämlich der Verhaftete Realcaution zu leisten nicht vermag, jedoch, nach den Umständen in concreto, der Eid ebensoviel Sicherheit verspricht als das Festhalten seiner Person. Danz, §. 113.

§. 231. 232.

A. In dem besonderen Arrestgesuche (imploratio pro impetrando arresto) sind folgende Puncte wesentlich:

1. die Angabe des, durch Arrest, gesichert werden sollenden Anspruchs[2]) an den Imploraten: nebst der *causa* debendi[3]) dieses Anspruchs, i. e. der Bezug auf die Hauptsache, mit dem speciellen Klaggrunde;

2. die Behauptung des Daseyns wenigstens einer der im §. 229. angegebenen Gefahrsgründe, i. e. das Anführen einer *causa* arresti legalis;

---

1) muß heissen: «der künftig zu leistenden Hülfsvollstreckung.» Bei der hereditatis petitio, z. B., ist doch gewiß das unbestrittene eigene Vermögen des Beklagten nicht objectum litis; kann aber dennoch, bei vorwaltender Gefahr für die künftige Executionsmöglichkeit, mitarretirt werden. M.

2 und 3) Diese beiden Ausdrücke sind zu einseitig: indem sie nicht auf Vindicationen passen. M.

3. die sofortige Bescheinigung

a. jenes Anspruchs Nro. 1., und auch

b. des Daseyns der causa arresti Nro. 2., und hierzu

4. das processualische Arrestgesuch. Jene Bescheinigung ad 1. wird aber hier nur mit einer Wahrscheinlichkeit (praesumtio hominis) verglichen, und ist auf kein besonderes Beweismittel beschränkt. Sie kann z. B. durch eine bloße Abschrift der Schuldurkunde, oder durch einen Auszug aus dem Handlungsbuch und dergl., hergestellt werden. Die Bescheinigung ad 2. hingegen bedarf einer höheren Glaubwürdigkeit: je nach dem besondern Verhältnisse der zum Grund gelegten causa periculi und arresti. Nach dem Reichsabschied von 1594. §. 85. soll der Richter mit einer schwächeren Bescheinigung der causa arresti dann sich begnügen, wann der Implorant, neben einer schwachen Bescheinigung, auch Caution bestelle, daß er eine bessere Bescheinigung nachbringen wolle. Ohne alle Bescheinigung, bloß *periculo petentis*, soll er hingegen nie Arrest erkennen, erböte sich auch der Implorant zu einer noch höheren Caution. Zur Bescheinigung der causa arresti können auch Zeugen ernannt werden, um sie summarisch zu vernehmen, und ohne Concurrenz des Gegners. Auch ist es möglich, daß die Bescheinigung durch solche Urkunden geführt werde, welche der Implorat erst anerkennen muß. Endlich muß ad 4. das Proceßgesuch deutlich bestimmen, «ob der Implorant Personal- oder Real-Arrest verfügt wissen wolle»; und im letzten Falle, «welche Sachen das Gericht mit Arrest belegen solle.» Im Fall einer Bescheinigung durch Zeugen, oder durch anzuerkennende Urkunden, ist auch zugleich zu bitten um Vorladung und Vernehmung der Zeugen, und respective um Vorladung des Imploraten zur Urkundenrecognition.

Uebrigens lautet das Proceßgesuch, der Regel nach, dahin: «einen Termin zur nähern Rechtfertigung des Arrestes anzuberaumen und hierzu den Imploraten vorzubescheiden; sodann aber als Recht zu erkennen, daß der gebetene Arrest rechtlich bestehe.»

B. Wenn nun der implorirte Richter

1. schon aus dem Arrestgesuche und dessen Beilagen, oder aus dem Vollzug der dort gebetenen Bescheinigungshandlungen, sogleich entnehmen kann, daß nicht nur der Hauptanspruch wahrscheinlich, sondern auch die causa arresti hinreichend bescheinigt, sey, so verfügt er den Arrest sofort, ohne erst den Imploraten weiter zu hören; setzt aber demungeachtet, in dem nämlichen Decret, den sogenannten Rechtfertigungs-Termin an. Findet er hingegen

2. jene Bescheinigung nicht ausreichend, so erkennt er, noch zur Zeit, den Arrest nicht, sondern bestimmt bloß die Tagfarth zur Rechtfertigung *).

3. Dort und hier werden beide Theile vorgeladen: der Implorant: «um das Arrestgesuch näher zu rechtfertigen»; der Implorat aber: «um hiergegen seine Einreden und seine Vertheidigung vorzubringen.»

C. In diesem Termine muß der Implorant

1. die causa *debendi* und *arresti* noch stärker bescheinigen: z. B. durch Production der Originalien der nur in Abschrift übergebenen Urkunden. Hält jedoch der Implorant die dem Arrestgesuch sofort beigefügte Bescheinigung, zur Begründung des Arrestes, für ausreichend, so bezieht er sich nur auf selbige zurück.

---

*) In diesem Falle scheint die Praxis, sehr vernünftig, das Arrestgesuch, als ein Unstatthaftes, zu verwerfen. Der Justificationstermin bezweckt unmittelbar bloß die Rechtfertigung eines provisorisch verhängten Arrestes, und nicht die des Arrestgesuches. M.

2. In Bezug auf jene Bescheinigung soll er nun juristisch ausführen: daß diese die hinreichende Stärke habe, um den (schon verfügten lit. B. 1.) Arrest zu bestätigen und fortdauern zu lassen, oder, wenn er noch nicht verfügt ist (weil die mit dem Arrestgesuch beigebrachte Bescheinigung nicht ausreichte lit. B. 2.), den Arrest nunmehr zu verfügen. Dieser zweite Theil der Thätigkeit des Imploranten (rechtliche Ausführung der Statthaftigkeit des gebetenen Arrests) ist jedoch nicht wesentlich: weil der Richter schon ex officio (als punctum *juris*) prüfen muß, «ob die Bescheinigung hinreichend sey.»

Hat nun der Implorant

II. das Arrestgesuch, vor angestellter Hauptklage, besonders angebracht, oder ist der implorirte Richter für die Hauptsache gar nicht competent, §. 229. mit §. 51., so entsteht ein ausschließliches Verfahren über die Statthaftigkeit, und über die Fortdauer des gesuchten Arrestes. Hier nun kann der Implorate das Arrestgesuch mit Einreden anfechten: er kann die Unzulänglichkeit der Bescheinigung, oder der *causa* arresti, zeigen, und überhaupt gegen die Verfügung des Arrests ankämpfen, auch im Gefolge dieser seiner Vertheidigung (ist solche rechtsgegründet) auf Wiederaufhebung oder respective Nichtverfügung des Arrestes (lit. B.), deßgleichen auf Schadensersatz, Ehrengenugthuung und dergl., antragen. Dieses Verfahren nun, — von dem Arrestgesuch an bis zur richterlichen Entscheidung: «ob der Arrest zu ertheilen, zu bestätigen, oder nicht zu ertheilen, oder wieder aufzulößen, sey?» — ist der eigentliche Arrestproceß. In dessen Innerem herrschen übrigens die Principien des ordentlichen summarischen Processes. Unrichtig ist der Satz im Lehrbuche, daß am Ende jenes Verfahrens auf Bescheinigung der causa arresti erkannt werden könne: denn der Justifi-

cationstermin ist zugleich der Bescheinigungstermin; und zum dritten Mal eine Bescheinigung aufzuerlegen: läuft wider die Natur dieser Proceßart. Vielmehr muß am Ende des Justificationsverfahrens, hat in diesem der Implorant den Richter von der Wahrheit seines Anspruchs und der *causa* arresti legalis nicht ausreichend überzeugt, der Arrest entweder aufgehoben, oder nicht verfügt *), werden. Mit diesem Princip harmonirt auch der richtige Lehrsatz: daß wenn der Implorant in dem Justificationstermin ungehorsam aussen bleibt, Dieses als Versäumniß an jener obliegenden Bescheinigung angesehen, und der Implorat, auf dessen Antrag, von dem Arrestproceß sofort entbunden wird, mit Wiederaufhebung des etwa schon verfügten Arrestes.

II. Wenn der Implorant das Arrestgesuch erst im Laufe der Hauptsache, in foro litis pendentis, als Incidentpunct, anbringt, so ist es am zwecklichsten, über diesen Nebenpunct besondere Acten anzulegen, und dann ebenso zu verfahren, wie unter Nro. I.: damit der Gang der Hauptsache, durch den Arrestproceß, nicht gestört oder verschleift werde.

III. Wird das Arrestgesuch zugleich mit der Hauptklage verbunden, auch,

1. durch Anlagen, sofort hinreichend bescheinigt, so verfügt der Richter, in dem ersten Decret, welches dem Beklagten Antwort in der Hauptsache gebietet, oder auch nebenbei in einem besondern Decret, Dasjenige, was er, nach dem Grad jener Bescheinigung, für rechtlich erachten darf, nach den unter B. erwähnten Regeln des Arrestverfahrens. Er verfüge nun vorläufig den Arrest,

---

*) Müßte wohl heissen: „für unstatthaft erklärt.“ Allein vergl. die vorangehende Note! M.

oder nicht: so wird auch hier ein Justificatios-Termin anberaumt, und die Sache fällt unter eben jene Principien. Sind hingegen

2. mit der Hauptklage und dem Arrestgesuche Beifugen, zur Bescheinigung lit. A. ad 1. et 2., nicht verbunden, so pflegt man den Arrestpunct, besonders wenn nicht hohe Gefahr im Verzug ist, mit dem Verfahren über die Hauptsache zu vereinigen: so daß der Beklagte und respective Implorat seine Vertheidigung, in der Exceptionsschrift, zugleich gegen die Hauptsache und wider das Arrestgesuch richtet, hierauf das Verfahren beide Streitpuncte zum Gegenstande hat, und in dem ersten Decisivinterlocut über Beide zugleich erkannt wird. Vergleiche Grolman, §. 239. f. Danz, §. 96. f.

§. 233.

Die Analogie der römischen Interdicte führte die deutschen Gerichte, schon vor Errichtung des Reichskammergerichts, auf schleunige Befehle, Mandate: ertheilt auf einseitigen Anruf des Klägers, besonders wenn es darauf ankam, die gefährdete öffentliche Ruhe aufrecht zu erhalten, z. B. Selbsthülfe abzuwenden. Die Kammergerichtsordnung vom Jahr 1555 bestimmte nun besondere Fälle, in welchen richterliche Befehle an den Imploraten, zur unbedingten Befolgung, und also unbedingt verfaßt, erlassen werden durften: m. a. W. mandata *sine clausula*.

Wird nämlich

1. in einem solchen richterlichen Decret, Mandat, Gebot oder Verbot, dem befehligten Imploraten nachgelassen: «binnen einer bestimmten Zeit dem Gericht vorzutragen, weßhalb er nicht gemeynt sey, das Mandat des Gerichts zu befolgen», so gibt dieser Anhang

des Gebots oder Verbots (diese Clausel) jenem Befehl den Namen: mandatum *cum clausula* — «bedingtes Mandat.» Bleibt aber

2. jener Anhang — jene Clausel — hinweg, so ist der richterliche Befehl ein mandatum *sine* clausula — ein «unbedingtes Mandat.» Im Falle die imploratio pro impetrando mandato

3. eine Implorationen-Häufung in sich faßt (d. h. der Implorant fordert, in Hinsicht auf verschiedene Objecte, mehrere Mandate zugleich), diese mehreren, auf einmal vorgetragenen, Gesuche aber eignen sich respective zu einem unbedingten, respective aber nur zu einem bedingten, Mandat, und der Richter vereinigt diese mehreren Mandate, der äußern Form nach, in ein einziges Decret, so nennt man dieses Decret ein mandatum *mixtum*. Eine dritte Art von Mandaten ist also ein solcher mehrhaltiger Befehl nicht: so wenig als es eine besondere Art von Erkenntnissen ist, wann der Richter in einer andern Proceßart über cumulirte Klagen §. 138. zugleich abspricht*). §. 167.

Die processualischen Regeln nun, welche beobachtet werden sollen, um ein Mandatum auszuwirken, und wie dann der Richter dabei verfahren soll, welche Vertheidigungsmittel dem Beklagten in dieser Verfahrensart offen stehen ꝛc.: bilden den Mandatsproceß. Es wird dieser geschieden, wie die Mandate selber, in den unbedingten, den bedingten und den gemischten Mandatsproceß. Der Letzte ist jedoch auch nur Name: nicht selbstständig; sondern in ihm werden respective die Principien des bedingten, respective des unbeding-

*) Nennt man nicht aber doch eine sententia alsdann eine mixta, wenn sie theils interlocutorisch, theils definitiv, entscheidet? M.

ten, Mandatsprocesses angewendet. Jener Name entsteht nämlich, wann auf das decretum mixtum (Nro. 3.) der Implorat und Impetrat Verhandlungen veranlaßt, welche sich respective auf ein unbedingtes, respective auf ein bedingtes Mandat, beziehen. Eine consequente Theorie muß Häufung verschiedener Proceßarten für unerlaubt achten, weil sie eine confusio processus veranlaßt; und der kluge Richter wird entweder kein decretum mixtum erlassen, sondern zwei getrennte Mandate (respective ein unbedingtes, respective ein bedingtes), oder doch dann, wann ein exceptivischer Vortrag des Impetraten in jenen processum mixtum hinzuführen droht, die Acten trennen: damit respective nur nach den Regeln des unbedingten, respective des bedingten, Mandatsprocesses verfahren, so also die Confusion vermieden, werde.

Nach ihrem Inhalt erhalten die Mandate, seyen sie unbedingt oder bedingt, auch noch verschiedene Beinamen*).

§. 234. 235. 236.

I. Die Kammergerichtsordnung bestimmt vier Fälle, in welchen gestattet seyn soll, um ein mandatum *sine clausula* zu bitten, und darauf zu erkennen: nämlich

1. ob factum *per se* illicitum, *nullo jure justificabile*, z. B. Selbsthülfe;

2. ob damnum imminens *irreparabile;*

3. ob salutem publicam, z. B. feuergefährliche Anstalten, und

4. überhaupt *ob periculum in mora.* Diese vagen, unlogisch geordneten, Fälle werden nun, ihrem Sinn und Bereich nach, noch schwankender und zweifelhafter durch den die Interpretation im Cirkel herumführenden

*) z. B. inhibitorium, restitutorium, praeceptivum etc.

Anhang: «in solchen und andern Fällen dürfe der Richter ein mandatum sine clausula erkennen, wo man *a praecepto* anfangen dürfe.» Es hatte daher jene Gesetzgebung eine sehr irreguläre und willkührliche Praxis zur Folge: weßhalb auch neuere Reichsgesetze einzulenken, und das zu häufige Erkennen der Mandate zu beschränken, suchten. Reichsabsch. v. J. 1654. §. 79. Immer aber klebte man an dem Buchstaben jenes Urgesetzes, und ließ hiermit die leichte Möglichkeit einer Mißdeutung stehen. Auch fügten die Reichsgesetze sogar Ausdehnungen hinzu, insonderheit dahin: auch in denen Fällen solle der Richter ein mandatum sine clausula erkennen dürfen, wo der Implorant auf eine öffentliche Urkunde sich stützen könne, in welcher die Versicherung des Schuldners enthalten sey: «er wolle zur gesetzten Zahlzeit die Execution sich gefallen lassen, mit oder ohne Recht» (Executivclausel). Was nun diese Gesetze eigentlich sagen wollen, concentrirt die neuere Doctrin auf die beiden im Lehrbuch §. 234. Nro. I. II. aufgestellten Hauptprincipien. Hierbei muß man aber noch unterscheiden:

A. Häufig werden sogenannte Mandate bloß als provisorische Verfügungen erkannt: z. B. in Arrestsachen, Schutz im jüngsten Besitz und dergl. Hier befindet man sich noch nicht in dem Gebiete des strengen unbedingten Mandatsprocesses. Dessen äussere Form ist zwar vorhanden; allein man begnügt sich mit Bescheinigungen, und erfordert diejenige Liquidität keineswegs, welche eine wesentliche Bedingung des eigentlichen unbedingten Mandatsprocesses ist. Es ist daher unrichtig, wenn Manche den Arrestproceß, oder den Besitzproceß, dem eigentlichen Mandatsprocesse beizählen. Grolman, §. 231.

B. Es können aber auch die Mandate die Hauptsache selbst entscheiden, *jus* und *obligatio* betreffen: so

jedoch daß sie sich auf das von aussen in facto (als Thatsache), und in jure (in Ansehung des auf jenes bewiesene thatsächliche Verhältniß anwendbare Gesetz), als vollkommen liquid vorliegende Rechtsverhältniß beschränken, und, des Mandats ungeachtet, nicht abschneiden, solche thatsächliche und Rechtsverhältnisse, welche zwar jenes von aussen als liquid vorliegende, dem Imploranten zugehörige, Rechtsverhältniß als ungerecht darzustellen und dadurch desselben Wirkung aufzuheben vermögen würden, jedoch dermalen, zur Zeit des Mandats und unmittelbar hierauf, mit einer gleichen juristischen Liquidität sich nicht beweisen lassen, in einem künftigen Processe (nach dem jetzigen Mandatsproceß) noch wirksam zu machen.

Wenngleich also ein Mandat das Recht und die Verbindlichkeit selbst betrifft, und die äusseren Bedingungen einer res judicata hat, so sieht man jenes Mandat dennoch als eine nur provisorisch entscheidende Sentenz an, und legt ihm nur eine provisorische Rechtskraft bei. Von diesem Rechtsverhältnisse spricht das Lehrbuch; und hier ist die Bedingung einer imploratio «*pro decernendo mandato sine clausula*»: daß der Implorant mit seiner Imploration zugleich eine öffentliche, der Recognition nicht bedürfende (Archiv, Bd. 2. S. 320), Urkunde, im Original, dem Gericht überreiche, aus welcher die Geschichtserzählung (Factum) der Imploration sogleich und so liquid, so juristisch vollkommen bewiesen, hervorgeht, daß der Richter sich irgend eine Einrede zu denken nicht vermag, welche der Implorate dem Inhalt jenes, mit einer Rechtsvermuthung der Aechtheit und Wahrheit bewaffneten, Documents, und dem hieraus gesetzmäßig abgeleiteten Gesuch des Imploranten, entge=

gensetzen könnte. Zugleich [1]) aber muß der Implorant auch ausführen, daß einer derjenigen Fälle vorhanden sey, in welchem die Gesetze ein mandatum *sine clausula* gestatten: denn auch die höchste Liquidität reicht noch nicht hin, ein unbedingtes Mandat zu erbitten, oder zu erkennen; sondern es muß auch Gefahr im Verzug, oder, in Rücksicht auf das Object der Imploration und des Mandats, eine der oben I. 1. 2. 3. in dem Gesetze angedeuteten Nebenqualitäten vorhanden seyn, Danz, a. a. O. §. 69. Note *. Das Proceßgesuch ist bestimmt auf ein unbedingtes Mandat zu richten; das Sachgesuch aber erhält in concreto seine Bestimmung, und spricht aus, was der Richter, durch das Mandat, in der Sache selbst, dem Imploraten gebieten oder verbieten und erkennen möge [2]). Im Zweifel schlägt der Richter das unbedingte Mandat ab, und ertheilt nur ein bedingtes, oder leitet sogar die Sache in eine andere Proceßart ein, ladet den Beklagten zur Antwort, oder gebietet ihm diese durch ein Decret, oder verwirft die Imploration, nach den Principien zu §. 141.

II. Auch gegen das bereits erkannte und dem Imploranten insinuirte unbedingte Mandat kann der Implorat mit Einreden hervortreten: und zwar nicht nur

a. innerhalb der, in dem Decret, vorgeschriebenen Paritionszeit, sondern sogar

b. bis zum Vollzuge der Execution. Diese Einreden führen den allgemeinen Namen: exceptio *sub-*

---

1) Dies halte ich, mit Martin, zufolge der im Compendio (§. 234.) allegirten Reichsgesetze, für ungegründet. M.

2) Der Form nach verschmelzen sich hier diese beiden Gesuche: indem der Impetrant bittet: «ein unbedingtes Mandat von folgendem Inhalte, erlassen zu wollen: daß nämlich rc.
M.

reptionis et *obreptionis* *). Es bezeichnet dieser generelle Name keine besondere selbstständige Einrede; sondern unter jenem Namen, als Rubrik der Vertheidigung des Impetraten, können alle Einreden vorgetragen werden, welche

a. die Gerichtscompetenz, die Proceßart, die Legitimation zur Sache, oder

b. andere wesentliche Fehler der Imploration betreffen. Selbst

c. peremtorische Einreden dürfen hier vorgeschützt werden, wenn sie ex jure liquid sind, oder der Implorat und Impetrat sie durch beigefügte fehlerfreie öffentliche Urkunden sofort liquid zu machen vermag. Denn auch hier sind die Rechte der Parteien sich gleich. Die richterliche Prüfung dieser Einreden, auf welche der Kläger erst replicando gehört wird, hat, nach deren befundenem Werth oder Unwerth, Klarheit oder Illiquidität, entweder ein mandatum *cassatorium* (Aufhebung des ersten Mandats) zur Folge, oder die Bestätigung des ersten mandati, i. e. ein mandatum *inhaesivum*. Der Implorat wird nicht erst mit einer Duplik gehört: es

*) Dies klingt so, als ob eine und die nämliche Einrede den Namen « exceptio sub- et obreptionis » führe und führen könne; während doch die Einrede der subreptio, welche den Impetranten der Unwahrheit bezüchtigt (z. B. daß Impetrat hier keineswegs domicilirt sey, daß hier keine Ueberschwemmung drohe ꝛc.) nur Negationen vorträgt, mit den etwa nöthigen directen Gegenbescheinigungen: die Einrede der obreptio aber dem Richter die Unvollständigkeit von des Gegners Angriffsvortrag, durch Aufstellung positiver Behauptungen — Einreden, deren Kunde ihn von Erlassung des Mandates abgehalten haben würde, darzulegen und zu erhärten sucht: z. B. daß der alimentationsberechtigt gewesene Impetrant verschwiegen habe, wie er vor Kurzem eine bedeutende Erbschaft erhoben.

M.

hätte denn der Implorant erhebliche *nova* in jener Replik vorgebracht, Note z. Auch das Inhäsivmandat hat übrigens nur eine interimistische Rechtskraft: der Implorate kann seine illiquiden Einreden in einem besondern Proceß klagend verfolgen; muß aber vorher dem Mandat Genüge leisten — parieren. Im Falle wenn der Richter, nach der Prüfung der Einreden und der Replik, weder ein mandatum cassatorium, noch inhaesivum, sondern auf Beweis oder Bescheinigung der Imploration oder der Einrede, erkennt, §. 237., so ist Dieses ein Zeichen, daß er den unbedingten Mandatsproceß verlasse, und in eine andere Proceßart — in den ordentlichen, oder ordentlich-summarischen, Proceß — stillschweigend überschreite. Vergl. Danz, summarischer Proceß, §. 7—74.

§. 237. 238.

A. Auch die Erwirkung eines bedingten Mandats setzt, als Regel, voraus, daß die Imploration sogleich mit Urkunden bescheinigt werde (Nro. 3. u. lit. B.). Die Fälle, in welchen dieser Mandatsproceß Statt findet, sind

1. die nämlichen, in welchen auch ein unbedingtes Mandat gefordert werden könnte (§. 334. Nro. I., wenn der Implorant die dortzu nöthigen öffentlichen und klaren Urkunden besäße. Es ist aber hierneben

2. das Gebiet des bedingten Mandatsprocesses noch weiter, und zwar sehr ungewiß. Denn die Gesetze specificiren uns (von der Regel unter 1. abgesehen) keine bestimmten Fälle, auf welche er beschränkt seyn solle; und er erscheint daher, in der Praxis, nur als ein allgemeines Kleid aller solcher Proceßsachen, welche

a. sich nicht für den ordentlichen feierlichen Proceß, aber auch nicht für eine bestimmte summarische

Proceßart, eignen, jedoch gleich mit dem Anruf an den Richter (Imploration) in facto wenigstens wahrscheinlich sich darstellen; oder welche,

b. wie z. B. Alimentensachen, einer besondern gesetzlichen Gunst genießen, und wobei dem Richter erhebliche Einreden unwahrscheinlich sind. Grolman, §. 232. Danz, summar. Proc. §. 70. Die Wahl des bedingten Mandatsprocesses ist weit weniger gefährlich als die des unbedingten: denn das bedingte Mandat läßt, vermöge der angehängten Clausel (§. 233.), dem Imploraten die Gelegenheit zum vollen Gehör offen, indem er sogar eine Einlassung (§. 143.), wie in dem ordentlichen oder summarischen Proceß, mit den nachgelassenen Einreden verbinden kann, dadurch aber es leicht möglich wird (wie es auch häufig geschieht), den Proceß in den feierlichen, oder in den ordentlich-summarischen, Proceß zu verwandeln (lit. B.). Es kann aber

3. die der Imploration beizufügende Bescheinigung sowohl in öffentlichen, als auch in bloßen Privaturkunden, die noch der Recognition bedürfen, bestehen. Auch läßt man einseitig erwirkte gerichtliche und Notariats-Zeugenrotul, welche der imploratio pro impetrando mandato cum clausula, in Urkundenform, beigefügt werden, als Bescheinigung, zu: besonders in Besitzsachen, §. 247. f. Hingegen Eidesdelation, noch zu vernehmende Zeugen, Sachverständige rc., sind keine ein Mandatsgesuch begründende Bescheinigungsmittel. In ganz geringfügigen Sachen, und wenn hohe Gefahr im Verzug ist, begnügt sich wohl auch der Richter mit jeder Wahrscheinlichkeit (praesumtio hominis), die aus den Umständen in concreto hervorgeht.

B. Die Regel: «*mandatum resolvitur in citationem*» sagt nur soviel: findet der Richter des Imploraten Einreden erheblich, jedoch nicht liquid, so lenkt er ein in

diejenige Proceßart, in welcher die vorliegende Streitsache, der Regel nach, zu verhandeln ist: respective in den ordentlichen feierlichen, respective in den ordentlichen summarischen, Proceß. Es ist unrichtig, wenn Manche lehren, jene resolutio in citationem führe immer in den summarischen Proceß hinüber: denn war der Kläger pflichtig, den feierlichen Proceß zu wählen §. 130., so kann weder er, durch sein unstatthaft befundenes Mandatsgesuch, noch der Richter, dem Imploraten das Recht zu dessen förmlicher Vertheidigung nach den Regeln des feierlichen Processes, entziehen. Im Falle hingegen die imploratio pro impetrando mandato cum clausula durch beigefügte vollbeweisende Urkunden als ganz liquid vorliegt (z. B. der Implorat erkennt die angefügte klare Schuldurkunde an), die Einreden des Impetraten aber, wenn auch als erheblich, doch als illiquid (altioris indaginis) vorliegen, so wird wohl auch das bereits erlassene bedingte Mandat nunmehr als ein Unbedingtes bestätigt — es erfolgt ein Inhäsiv-Mandat ohne Clausel; — die illiquiden Einreden aber werden ad *separatum*, zur besondern An- und Ausführung, verwiesen: d. h. dem Imploraten bleibt, nach Erfüllung jenes Inhäsivmandats, offen und unbenommen, den factischen Grund seiner Einreden klagend, auf dem Weg einer sich eignenden Proceßart, geltend zu machen. So erscheint der Executivproceß (§. 239. f.), in manchen deutschen Ländern, der äußeren Form nach, als bedingter Mandatsproceß. Claproth, summar. Proc. §. 155.

C. Der sächsische Inhibitivproceß, vorzüglich auf Untersagung factischer Besitzstörungen berechnet, gehört in das Gebiet der Mandatsprocesse (mandatum inhibitorium). S. Schaumburg, in princ. prax. jud. Lib. 2. Cap. 5. Püttmann, Referirkunst, S. 159 f. Schmidt, im summ. Proc. §. 245. f.

§. 239.

Der in dem Reichsabschied von 1654 §. 174. angedeutete Executiv- oder Hülfs-Proceß steht in der Mitte zwischen dem unbedingten und dem bedingten Mandatsprocesse. Seine Bedingungen sind minder streng als die des Ersteren, aber mehr streng als die des bedingten Mandatsprocesses. Er ist jedoch immer nur petitorisch, §. 247., und hat nur die Erfüllung persönlicher Verbindlichkeiten zum Gegenstand; ja, der richtigen Meynung nach, nur Geldforderungen, sey es übrigens aus einem einseitigen Vertrage, z. B. eine Schenkungssumme, oder aus einem contractu *bilaterali*, z. B. ein Kaufgeld. Sieht man auf den Ursprung und Zweck des Executivprocesses hin, so ist er höchstens nur dann für zulässig zu achten, wenn, in einem klar beurkundeten Vertrag, der Beklagte, oder dessen Verbindlichkeitsvorgänger, versprochen hat: *rem certam, specie* et *quanto determinatam*, zu zahlen, sey es auch nicht gerade ein Darlehn. Grundlos ist seine Ausdehnung auf *facta* praestanda, und noch mehr auf Zustands- und dingliche Klagen. Er ist weder mit einer Gefahr im Verzug bedingt, noch sonst mit einer Nebenqualität der Forderung, wie der unbedingte Mandatsproceß. Nur Liquidität, nur schleuniger, mit dem Vortrag der Klage verbundener, Beweis ist seine wesentliche Grundbedingung: und zwar ein Beweis durch liquide fehlerfreie Urkunden; und diese Bedingung greift consequent durch in Rücksicht auf den Beweis aller, auch der Klage nachfolgenden, Behauptungen — der Einreden, Repliken und Dupliken. Jede nicht schleunig und vollbewiesene Behauptung bleibt in dieser Proceßart unbeachtet.

Alle langsamen Beweise durch Zeugen, Eidesdelation ꝛc., sind im Gebiete des reinen Hülfsprocesses ausgeschlossen; alle, wenn an sich auch noch so erhebliche,

illiquide, exceptiones, replicae et duplicae, facti werden, als altioris indaginis, ausgeworfen ad separatum — zur besondern An- und Ausführung. Sobald von dieser Seele des Exceptivprocesses abgewichen, so lange irgend ein langsamer Beweis, oder eine Bescheinigung, zugelassen wird, ist der reine Executivproceß nicht mehr vorhanden; sondern ein verschrobenes Zwitterwesen, wie es leider die Praxis, und selbst Landesgesetze, oft als Wechselbalg unterschieben. Von dem bedingten Mandatsproceß unterscheidet sich der Hülfsproceß hauptsächlich dadurch, daß Ersterer auch illiquide Einreden und Bescheinigungen zuläßt. Der Executivproceß aber ist mehr dem strengen Wechselprocesse gleichzustellen, hat auch, wie dieser, die Beförderung des öffentlichen Credits zum Zweck: seine Execution aber ist nicht in *personam* debitoris, sondern in *bona* des Schuldners, gerichtet. Wo Wechselrecht nicht gilt, da vertritt er auch die Stelle des Wechselprocesses, mit Ausnahme der Executionsart. Von dem unbedingten Mandatsproceß unterscheidet sich der Hülfsproceß hauptsächlich dadurch, daß dieser nicht, wie Ersterer, schlechterdings öffentliche Documente zum schleunigen Beweis der Imploration ꝛc. erfordert, sondern, zum schleunigen Beweis der Klage, der Einreden ꝛc., auch solche, wider den Producten beweiskräftige, (Archiv, Bd. 2. S. 3 f. Lehrb. §. 195.), Privaturkunden hinreichen, welche vorerst der Recognition bedürfen (Archiv, Bd. 2. S. 322). Ebendaher im Executionsprocesse der im unbedingten Mandatsprocesse unbekannte Recognitionstermin, §. 241.!

Die eine Executivklage begründen und deren schleunigen klaren Beweis herstellen sollende Urkunde muß seyn ein documentum *guarentigiatum*. Die deutschen Schuldbriefe der Vorzeit wurden häufig mit der clausula guarantiae, oder der Executivclausel, befestigt (von Guar,

cautio, Guaren, cavere, gewähren), welche Clausel feststellte: «zur Verfallzeit wolle sich der Schuldner die Execution gefallen lassen, mit oder ohne Recht.» Er versprach wohl auch das, in der Folge verbotene, *obstagium*. Diese Clauseln, welche der Urkunde den Namen gaben, verloren sich; allein die Sache blieb, insofern, als man unter documentum guarentigiatum verstand, und noch versteht, eine nicht nur äußerlich durchaus fehlerfreie, sondern auch nach dem materiellen Inhalt so klare, Urkunde, daß in ihr

a. der Gläubiger,

b. der Schuldner,

c. die *causa debendi*,

d. die schuldige Summe, auch

e. die Zahlungszeit, und wohl

f. der Ort der Zahlung, deutlich, bestimmt, ohne alle Dunkelheit, ausgesprochen ist. Der Zahlungsort ergibt sich jedoch auch liquid ex jure (Thibaut, P. R. §. 95.); ob aber auch die Zahlzeit? (vermöge L. 14. D. 50. 17. L. 44. §. 1. Dig. 45. 1.) ist eine Streitfrage (Seuffert, in den civil. Erört. W. 1820. Nro. III. Danz, l. c. §. 79.). Sie ist unter der Bedingung zu bejahen, daß der Richter, in dem den Beklagten verurtheilenden Erkenntniß, diesem Verurtheilten zugleich eine der Größe der Summe angemessene Zahlfrist setze. Obige Erfordernisse der Schuldurkunde werden auch so bezeichnet: «in ihr müsse klar ersichtlich seyn: *quis, quid, cui, cur, quando, ubi* debeat (reus).» Leyser, spec. 132. med. 1. 2. und 276. med. 1.

Uebrigens ist es nicht wesentlich, daß eine einzige Urkunde alles Jenes zugleich in sich fasse; sondern es ist auch zulässig, wenn aus mehreren, auf einander sich klar beziehenden, Urkunden, zusammengenommen, jene Puncte sich ergeben. Auch kön-

nen diese mehreren Urkunden theils öffentliche theils Privaturkunden seyn, oder auch nur das Erstere oder nur das Letztere. Klagt man executivisch aus einem zweiseitigen Rechtsgeschäft (ex contractu bilaterali), so muß auch die von Seiten des Klägers geschehene Erfüllung des Vertrags (z. B. Uebergabe des Kaufobjects) aus der Schuldurkunde, oder aus einem zweiten klaren Document (Quittung, Empfangs- oder Leistungsschein), klar ersichtlich seyn: so wie, in jedem Falle, auch die etwa nöthige specielle Activ- oder Passiv-Legitimation zur Sache (Handbuch S. 110 f.). Es ist eine gänzliche Abweichung von der Natur und aus dem Gebiet des Executivprocesses, wenn ein Landesgesetz, oder eine irrige Doctrin, gestatten will: «jene Erfüllung, oder diese Legitimation, oder die Existenz einer Bedingung, von welcher des Schuldners Verbindlichkeit abhängt, oder Nebenpuncte (z. B. bedungene Aufkündigung des Darlehens, Zinsenstipulation und dergl.) könnten einer summarischen Antwort des Beklagten ausgesetzt und, verneine dieser jene Thatsachen, durch langsame Beweismittel, z. B. Eidesdelation, Zeugenbeweis 2c., dargethan werden.» Dieses führt zu einer Mischung des ordentlichen summarischen (unbestimmten) und des (bestimmten) Executivprocesses; während die Proceßgesetze solche, zur Confusion und Verschleifung führende, Mixturen verschiedener Proceßarten überhaupt vermieden wissen wollen. Legatare können aus einem (liquiden) Testament nur dann executivisch klagen, wann sie zugleich die unbedingte Erbantretung des Beklagten schleunig und klar nachzuweisen vermögen, und zwar durch Urkunden. Leyser, spec. 381. medit. 3. Rechtsfall 147.

Wer den Hülfsproceß wählen könnte, darf ihn dennoch unbenutzt lassen und den bedingten Mandatsproceß,

ja selbst den ordentlichen Proceß, oder den unbestimmten summarischen, wählen: jenachdem die Sache zu jener oder dieser Proceßart sich eignet. Denn diese Proceßarten erweitern des Beklagten Gelegenheit zur Vertheidigung: — sind alle weniger strenge als der Hülfsproceß. Vergl. den Zus. zu §. 130.

§. 240.

A. Es muß

1. die Geschichtserzählung der Klage aus der derselben beigefügten Urkunde, oder solchen mehreren Documenten (§. 239.), dergestalt gehoben seyn, und auf diese, mit einem Zeichen (Buchstaben oder Numern) versehene, Anfugen so sich beziehen, daß, wenn man die Documente als ächt voraussetzt, auch der Beweis der Klage voll und klar geführt ist. Behauptung und Beweisantretung: — diese mittelst vollbeweiskräftigen und in dem ordentlichen Processe, für sich allein, vollbeweisenden schriftlichen Urkunden! — müssen sich in einem Moment vereinigen. Was

2. vom Rechtsgrund im ordentlichen Processe gilt (§. 85. 134.), gilt auch hier.

3. Das Proceß-Gesuch ist zu richten auf Vorladung des Beklagten, respective zur Agnition (der öffentlichen Urkunde), respective zur Recognition (der Privaturkunde, Archiv, Bd. 2. S. 318 f.). Den mehrsten Landesgesetzen nach ist gleich der erste Termin peremtorisch: unter dem Rechtsnachtheil, «daß, im Falle des Ungehorsams des Beklagten, die Anerkennung der Urkunden als geschehen angenommen werden solle, (recognitio ficta, Archiv, Bd. 2. S. 319). Der Kläger richtet sein Gesuch auch auf jenes Präjudiz. Bittet der Kläger: sofort einen Zahlungsbefehl zu erlassen (ohne Vorladung des Beklagten zur Anerkennung der Documente),

so führt Dieses in den bedingten Mandatsproceß: wäre auch die Klage auf eine öffentliche Urkunde gegründet. Denn unbedingt kann der Richter den Beklagten nicht eher verurtheilen, als bis diesem das Schulddocument im Original vorgelegt worden ist (Archiv, Bd. 2. S. 321). Unklug handelt jedoch der Kläger, wenn er den Beklagten, in Rücksicht auf Privaturkunden, vorladen läßt: «diese entweder anzuerkennen, oder eidlich abzuleugnen»; und unbefugt handelt der Richter, wenn er auf diese alternative Weise den Beklagten ladet, ohne daß der Kläger auf jene Weise gebeten hat. Der Kläger kann den Diffessionseid noch dann fordern, wann der Beklagte im Productionstermin erklärt hat: «die Urkunde sey nicht ächt — ihr angeblicher Aussteller habe sie nicht ausgestellt — die Unterschrift rühre nicht her von jenem angeblichen Autor.» Auch kann alsdann der Beklagte sich erbieten, diese Negative eidlich zu erhärten (Diffessionseid, Archiv, Bd. 3. S. 325). Aber es kann auch der Kläger jene Aufforderung unterlassen, um den Executivproceß ganz aufzugeben (siehe unten); ja er kann, zu eben diesem Zweck, jenes Darbieten des Beklagten zurückweisen. Um diese Befugniß betrügt sich der Kläger, aus eigener Ignoranz, wenn er den Beklagten ad recognoscendum *vel* diffitendum vorladen läßt. Der rechtskluge Kläger muß vielmehr exceptivisch laut werden, wenn der Richter jenes «*vel* rel.» ungebeten verfügt. Endlich

4. das Sachgesuch geht auf sofortige Verurtheilung des Beklagten, bei Vermeidung richterlicher Hülfe.

B. In Rücksicht auf die dem Beklagten erlaubten Einreden muß man die allgemeinen Regeln aufstellen:

1. vor der Erklärung über die Aechtheit der vom Kläger inducirten und producirten Beweisurkunden der Klage §. 239. (welche Agnitions- und Recognitions-

Erklärung ganz an die Stelle der Litiscontestation im ordentlichen Processe, tritt §. 145.) darf der Beklagte alle und jede Einreden vorschützen, die er auch in dem ordentlichen Processe vorschützen könnte: nicht nur die dilatorischen, und unter diesen die exceptio praestandae cautionis *pro expensis*, sondern auch die peremtorisch-proceßverhindernden (hier «Agnitions- und Recognitions-verhindernde» zu nennen!), und gemischten Einreden (§. 92. und 147.); jedoch auch hier (wie die Natur des Executivprocesses dies hauptsächlich erfordert) unter der Bedingung der nämlichen, durch schriftliche Urkunden hergestellten, höchsten Liquidität, welche auch die Klage erfordert: insofern nämlich die Einrede eines Beweises bedarf, — sich nicht von selbst aus den Acten und Rechten erledigt (wie z. B. die exceptio deficientis legitimationis — obscuri libelli etc.), oder nicht, ihrer Natur nach, den Beklagten von einem Beweise frei läßt (z. B. praestandae cautionis). Insonderheit muß der Beklagte seinen Blick darauf werfen, «ob aus der, der Klage beigefügten, Urkunde, oder, wenn der Urkunden Mehrere sind, aus deren Gesammtheit, alle *capita libelli*, d. h. alle, zur sofortigen Verurtheilung des Beklagten, wesentlich erforderlichen Thatsachen, klar — liquid, bewiesen werden, m. a. W.: ob dieser Urkundenbeweis so deutlich, stark und voll, sey, daß der Richter, im ordentlichen Processe, den Beklagten (Producten), ohne gesetzlichen Eid, pure verurtheilen müßte. Denn der Beklagte hat hier, (genau betrachtet), neben seinen Beweiseinreden gegen die Urkunden, auch das Wesentliche einer Impugnationsschrift (§. 177.) vorzutragen: — das erste Verfahren und das Beweisverfahren, mit den Hauptschriften (§. 176.), concentrirt sich hier in dem ersten Vortrage des Beklagten. Findet dieser also irgend einen Fehler an der äusseren oder inneren

Beschaffenheit der Urkunden des Klägers, findet er irgend ein Requisit des Hülfsprocesses unerfüllt, oder unzureichend beigebracht, kann er, von diesem Gesichtspuncte aus, rechtsgründlich zeigen, eine volle Ueberzeugung des Richters von dem factischen Grund der Klage, der Sachlegitimationen 2c., gehe aus jenen Klagdocumenten: wären diese auch ächt: nicht hervor, so stützt er hierauf eine Einrede, um sich von der Anerkennung der Urkunden zu befreien. Die allgemeine Rubrik solcher Einreden ist: «exceptio *non rite formati processus*», i. e. es sey eine Proceßart, ohne das Daseyn ihrer wesentlichen Grundlagen, gewählt. So ist also hier das Feld der Einreden noch weiter als in dem ordentlichen Processe: — ihre Liquidität aber (wenn diese anders Grade hätte!) noch strenger erfordert: wenigstens bloß an höchst liquide schriftliche Urkunden gefesselt: sollten diese indessen auch noch der Recognition bedürfen, so daß bis zu deren Vollzug die Einrede nur liquidabel genannt werden könnte (§. 145.).

Dunkel und mißverständlich spricht das Lehrbuch von «erweislichen Einreden.» Dem Geiste des Executivprocesses gemäß muß, in diesem, auch die exceptio spolii jener Bedingung des schleunigen klaren Beweises unterworfen, mithin ihr, in dem ordentlichen Processe, nach der Praxis, Statt findendes Privilegium (§. 145.) schlechthin und um so mehr ausgeschlossen werden, weil dieses, nach einer richtigen Erklärung des Reichsabschieds vom Jahr 1654. §. 37. und 40., vermöge dessen alleiniger Ausnahme der gerichtsablehnenden Einreden (exceptio firmat regulam), auch für den ordentlichen Proceß bereits geschehen ist. Hingegen die gerichtsablehnenden Einreden sind wohl die Einzigen, welche, auch in dem Gebiete vor der Agnition oder Recognition der Klagbeweisurkunden, ein Interlocut auf Be-

scheinigung erlaubt und nöthig machen. Der Grund und Zweck des Reichsabschieds vom Jahr 1654. §. 37. und 40., «daß nicht, wider den erklärten Willen des Beklagten, ein incompetenter Richter, und also nichtig, erkenne»: greift durch alle Proceßarten hindurch. Schwierig aber ist die Frage: ob die exceptio non numeratae pecuniae, gegen die noch nicht zwei Jahre alte Beweisurkunde der Executivklage, Platz greife. Diese Einrede ist zwar, im Verhältniß zum factischen Klaggrund, keine Einrede, sondern eine verneinende Litiscontestation; allein sie ist allerdings eine dem Productionsverfahren angehörige Beweiseinrede, gerichtet gegen die Beweiskraft der Beweisurkunde, und gestützt

a. auf die thatsächliche, aber aus der in der Urkunde selber enthaltenen Zeitbestimmung sich sofort schleunig und liquid beweisende, Behauptung, «dieselbe sey jünger, als zwei Jahre», und

b. auf den Rechtsgrund, «solchen Schulddocumenten sey die Beweiskraft gesetzlich abgeschnitten.» Muß nun dieses Gesetz auch in dem Hülfsprocesse angewendet werden, so vernichtet es gerade dessen Hauptbedingung, nämlich: «Verbindung beweisvollkräftiger schriftlicher Urkunden mit der Klage.» Bedenkt man hingegen

a. daß der Executivproceß den römischen Gesetzen ganz unbekannt und ein rein deutsches Institut ist, berechnet auf Beförderung des öffentlichen Credits,

b. daß die deutschen Gerichte auf documenta guarentigiata, wenn sich aus ihnen die Zahlzeit ergab, ohne Rücksicht auf ihr Alter, die Hülfe gewiß schon früher erkannten, ehe noch das römische Recht von ihnen als Gesetz anerkannt wurde, und daß also

c. das bloße Hülfsrecht jene vaterländische Proceßart, deren Grundcharakter und Zweck, nicht aufheben konnte rc.; so stimmt man gewiß der Meynung bei: « daß die römische exceptio non numeratae pecuniae, in dem Executivprocesse, gegen die an sich klare Urkunde nicht zulässig sey. » Wenn Manche sie unter der Bedingung eines schleunigen und liquiden, von dem Beklagten beizubringenden, Beweises, andern Einreden gleich, für zulässig erklären, so sagt Dieses eigentlich soviel: « durch einen schleunigen directen Gegenbeweis wider den factischen Grund der Klage, könne sich der Beklagte von dem Fortschritt des Executivprocesses befreien. » Dieses ist an sich richtig, aber ein Beweis der *exceptio* non numeratae pecuniae nicht zu nennen. Man vergl. Leyser: spec. 513. medit. 11. f. Gönner, im Handb. B. 4. Abh. 77. §. 5. Danz, in den Grundsätzen des summarischen Processes §. 79. ibi all. Note g. Aus der bloß interimistischen Rechtskraft der, in dem Executivprocesse, den Beklagten verurtheilenden Erkenntnisse folgt aber auch, daß wenn der, auf ein nicht zweijähriges (respective noch nicht dreißig Tage altes, Thibaut, P. R. §. 1180.) Chirographum, Verurtheilte das Geleistete nachher, auf dem Wege des ordentlichen Processes *), von jenem, durch äußere Liquidität

---

*) Warum auf dem Wege des ordentlichen Processes? Durch die Klagschrift des Imploranten wird es ja actengewiß — liquid, daß ihm eine solche nichtsbeweisende Urkunde ausgestellt worden sey; und mehr bedarf es nicht, um die querela non numeratae pecuniae, und zwar zu executivischer Procedur, für den Imploraten, zu begründen. Es könnte Diesem daher nicht verwehrt werden, jene querela als simultane Wiederklage vorzutragen, und so wäre der Zweck, welchen man durch das Abschneiden der exceptio n. n. p. erreichen wollte, dennoch vereitelt.

siegenden, Kläger aus dem Grund zurückfordert, «weil die in jenem Document versicherte Summe ihm, dem jetzigen Kläger, von dem nunmehrigen Beklagten nicht ausgezahlt worden sey», Letzterer den Beweis der geschehenen Auszahlung übernehmen müsse, und diesen durch jene Urkunde nicht führen könne. Denn in dem ordentlichen Processe (in dieser Mixtur des römischen, canonischen, und deutschen Proceßrechts), zweifelt man nicht an der Unkraft eines Chirographi, welches das gesetzliche Beweisalter noch nicht beschritten hat. S. Gmelin und Elsässer, in den gemeinnützigen Beobachtungen ꝛc. B. 2. Abh. 2. Vergl. auch m. Rechtsfälle Nro. 113.

Will der Beklagte

2. die Anerkennung der klägerischen Urkunden, nach dem Vortrage der etwaigen bloß dilatorischen Einreden, vollziehen, und hinter derselben peremtorische, oder solche gemischte Einreden, nachfolgen lassen, welche das Erkenntniß, «es finde die Klage noch zur Zeit nicht Statt», begründen sollen, so müssen diese Einreden auch an dieser Stelle mit einer schleunigen liquiden Beweisurkunde bewaffnet seyn. Gemeine zerstörende und gemischte Einreden, die eines langsamen Beweises bedürfen, kennt der Executivproceß gar nicht. Was nicht sofort liquid gemacht wird, stehe es vor oder hinter der Anerkennung, wird ausgeworfen: mit Ausnahme der gerichtsablehnenden Einreden. Schaumburg, in princ. prax. jud. Lib. 2. Cap. 2. §. 11.

Es scheint mir widersinnig, die Beweiskraft einer Urkunde von der Proceßart abhängig zu machen, worin man sie gebrauchen will; während vielmehr, umgekehrt, die Wahl der Proceßart von der Beweiskraft der Urkunde abhängt und abhängen muß. M.

§. 241.

A. Erscheint in dem zur Vorlegung und Anerkennung der, der Klage zum Grund gelegten, Urkunden

1. der Kläger nicht, oder producirt er die Originalien nicht, so beschuldigt ihn der Beklagte des Ungehorsams, und bittet um Entbindung von der Instanz. Gänzliche Entbindung kann er nicht verlangen, weil den Kläger kein peremtorischer Beweistermin bindet. Ist

2. der Beklagte ungehorsam, so beschuldigt diesen der Kläger der contumacia, und bittet gemäß dem Inhalt der Ladung: jenachdem diese entweder nur dilatorisch war, oder peremtorisch — sub poena der fingirt werden sollenden Agnition oder Recognition. Es treten hierbei ganz die Principien des ordentlichen Processes ein.

3. Die Verweigerung der Agnition einer, wie sie vorliegt, fehlerfreien öffentlichen Urkunde hilft dem Beklagten nichts, wenn er nicht schleunig ihre Unächtheit darzuthun vermag.

4. Erklärt er eine solche Privaturkunde für unächt, welche, als recognoscirt, gegen ihn, den Producten, beweiskräftig seyn würde (Archiv, Bd. 2. S. 3 f.), so kann der Kläger den Diffessionseid fordern. Thut er dieses, und der Beklagte schwört, so ist das Document vernichtet, im Verhältniß des Klägers zum Beklagten *). Nur der Beweis eines Meineids könnte die Folgen des abgeschworenen Diffessionseids wieder auflößen (Archiv, Bd. 2. S. 326). Zu einem langsamen Beweise der Aechtheit, z. B. durch Schriftvergleichung ꝛc., kann sich der Kläger, ohne Zustimmung des Beklagten, mit Wirkung nicht erbieten. Dieses wäre ein mit der

*) Diese Behauptung beruht auf der, wie mir scheint, irrigen Theorie des Verfassers von der Natur des Diffessionseides. Vergl. oben §. 203. M.

Natur des Executivprocesses unverträglicher Einschritt in die Weitschichtigkeiten des ordentlichen Processes, und in das Gebiet schwankender Beweise (Archiv, Bd. 2. S. 328). Ebensowenig kann eine Gewissensvertretung des Beklagten gegen den von ihm geforderten Diffessionseid Platz greifen.

5. Fordert der Producent den Diffessionseid nicht, so kann er auch des Producten Darbieten zu dieser eidlichen Verneinung der Aechtheit zurückweisen: um, mit Erstattung der bisherigen Unkosten, den Executivproceß fallen zu lassen, und, nach einer auf dem Wege des ordentlichen Processes erhobenen neuen Klage, und nach einer vom Beklagten verneinend vollzogenen Einlassung, von langsamen Beweismitteln Gebrauch zu machen: wobei er dann auch jene, gegen Vernichtung gerettete, Urkunde abermals produciren und auf irgend eine zweckliche Weise benutzen darf, z. B. zur Schriftvergleichung ꝛc. Archiv, Bd. 2. S. 329 f.). Uebrigens kann

6. der Beklagte die Agnition und Recognition der klägerischen Beweisurkunden auch eventuell vollziehen, ganz nach den Principien einer eventuellen Litiscontestation §. 144.: d. h. auf den Fall, daß die vorangeschickten Einreden als von der Anerkennung befreiend, von dem Richter, nicht befunden würden.

B. Gemeinrechtliche Vorschriften darüber,

1. «ob die Einreden vor oder in dem Anerkennungstermine vorgetragen werden sollen, oder ob

2. dem Beklagten gestattet sey, erst dann, wann ihm die Urschriften vorgelegt sind, mit dem ganzen Inbegriff seiner dilatorischen, zerstörenden, und gemischten Einreden hervorzutreten, ferner

3. ob in jenem oder diesem Falle schriftlich, oder mündlich zu Protocoll, verfahren werden dürfe»: sind

nicht vorhanden. Das Verfahren schließt sich mit der Duplik des Beklagten [1]), sey diese schriftlich oder mündlich; es würde denn eine Wiederklage, ganz in der nämlichen Proceßart §. 148., mitverhandelt: in welchem Falle des wiederbeklagten Klägers Duplik in der Wiederklagssache (auf deren Replik) der schließende Vortrag ist, §. 158.

C. In Ansehung der, von Seiten des Beklagten, zum Beweis der Einreden inducirten Urkunden §. 140. kommen alle Grundprincipien zur Anwendung, welche vom Urkundenbeweise des Klägers gelten. Auch der Beklagte muß einen Anerkennungstermin auswirken, wenn der Kläger, in der Replik, die Aechtheit nicht zugibt, oder von dieser schweigt; und sind die Originalien der Urkunden des Beklagten dem Kläger vorgelegt, so dienen die Principien unter A., wegen Agnition, Recognition 2c., auch hier zur Richtschnur.

D. Schon die eingereichte Klage muß der Richter aus dem Gesichtspuncte scharf prüfen, «ob in ihr, mit Einrechnung der Beilagen, die wesentlichen Bedingungen des Executivprocesses vorhanden sind: ob, — die Aechtheit der angefügten Beweisurkunden vorausgesetzt, — der Beklagte sofort endlich verurtheilt werden könne.» Findet er Dieses nicht, so ist die Klage wenigstens als angebrachtermaaßen unstatthaft sofort zu verwerfen. Auch die übrigen Momente [2]) einer tauglichen Klage §. 159. f. bleiben hier stehen: ja sie sind mit noch höherem Ernste zu prüfen. Eine strenge, vom ordentlichen und Erörte-

---

1) Auch dann wenn der Einwendungsvortrag nichts Anderes als eine diffessio der implorantischen Urkunden enthält, oder wenn der Dupliksatz wahre exceptiones contra replicas ausspricht? M.

2) Requisite! M.

rungsweg abführende, Proceßart ist im Zweifel nicht zuzulassen. Hat aber der Richter ein, schriftliches oder mündliches, Verfahren nach den Regeln des Hülfsprocesses eingeleitet, und ist dieses beendigt, so muß er, wie in dem ordentlichen Processe §. 162. f., der Eventualmaxime nachfolgend, zunächst die verzögerlichen Einreden, dann die zerstörenden und gemischten, mit ihren schleunigen Beweismitteln, und hierauf die wirklich geschehene, oder in contumaciam für geschehen zu achtende, Anerkennung der klägerischen Urkunden ꝛc., in Betracht ziehen: um wegen der rein dilatorischen Einreden zu erkennen, was dem Kläger deßhalb obliege (z. B. Caution, Proceßlegitimation und dergl.); in Ansehung der übrigen Streitpuncte aber auszusprechen, ob die Klage annoch als angebrachtermaaßen, oder als gänzlich unstatthaft, oder als unreif, zu verwerfen, oder ob der Beklagte zu verurtheilen, sey. Ein Interlocut auf Beweis oder Bescheinigung, sey es der ganzen Klage, oder eines Theils von deren Inhalt, sey es irgend einer andern Einrede als einer gerichtsablehnenden, oder sey es einer Replik oder Duplik, steht mit der Natur des reinen Executivprocesses im directen Widerspruch; und es ist die höchste Inconsequenz und Verwirrung, wenn das Lehrbuch von einer Auflage der Bescheinigung einer illiquiden Replik spricht. Erkennt der Richter darauf, so verläßt er den Hülfsproceß, und der Beklagte ist zu einem Rechtsmittel gegen ein solches proceßwidriges Interlocut befugt. Was hierüber schon in dem ordentlichen Processe, als richtiges Princip, gilt (Archiv, Bd. 1. S. 455 und S. 345 f.), muß noch weit mehr in einer Proceßart gelten, deren ganzer Geist auf schleunigem liquidem Urkundenbeweise beruht, und ohne diesen die schlechteste aller Proceßarten wird.

E. Auch ist der Satz des Autors unrichtig, «daß ein gegen das, den Beklagten verurtheilende, Erkenntniß in dem Hülfsproceß, eingelegte Rechtsmittel den Suspensiveffect nicht habe»: d. h. der Verurtheilte müsse einstweilen das dem Kläger zuerkannte Object leisten, §. 265. Ein gemeines Proceßgesetz schreibt Dieses nicht vor; und Gefahr im Verzug ist keineswegs ein Motiv, oder eine Grundbedingung, des Hülfsprocesses. Vergl. auch Danz, a. a. O. §. 84. lit. not. i. Tritt zufällig eine Unsicherheit ein, so steht das Arrestgesuch dem Sieger zu Gebot, wenn er eine *justam causam* arresti zu rechtfertigen vermag.

Bemerkt wurde bereits, daß die Rechtskraft des endlichen, sey es verurtheilenden oder entbindenden, Erkenntnisses, in dem Hülfsprocesse, nur interimistisch sey. Der ganze Proceß bewegt sich nur im Gebiete schleunig hergestellter Liquidität — mittelst schriftlicher Urkunden. Mangel an einer solchen Liquidität entbindet den Beklagten, und das Daseyn derselben verurtheilt ihn: weil äußere volle juristische Wahrheit schleunig hergestellt ist. Im ersteren Falle kann der Kläger auf einem andern, langsame Beweismittel zulassenden, Proceßweg jenen, durch eine Executivklage verfolgten, jedoch illiquid gebliebenen, Anspruch nochmals verfolgen; und auf gleiche Weise darf der, im Gefolge der schleunigen äußeren Liquidität, verurtheilte Beklagte durch langsame Beweismittel darthun, daß, des Daseyns jener sichtbaren Bedingung juristischer Wahrheit ungeachtet, der deßhalb realisirte Anspruch des siegenden Klägers dennoch ungegründet und materiell ungerecht sey*). Aber die in dem

*) Diese Separatklage auf totale oder partielle Rückgabe des urtheilsmäßig Entrichteten ist wohl keine Andere als die condictio sine causa: indem die ursprünglich bestandene

Executivproceß durch den Diffessionseid vernichtete Urkunde **bleibt**, unter diesen Parteien, **vernichtet**.

§. 242.

Der sogenannte **Adhäsionsproceß** entsteht,

1. wenn entweder in einem, vor dem Strafrichter, wegen der poena publica eines Verbrechens, eröffneten, richteramtlichen Untersuchungsproceß (Inquisitionsproceß) der durch das Verbrechen Beschädigte (laesus, z. B. furtum passus), vor dem **Strafgerichte**, mit dem Antrag hervortritt: dieses möge, im Gange der Untersuchung, auf seine, des laesi, Privatgenugthuung (z. B. Ersatz der gestohlenen Sache) **zugleich Rücksicht nehmen**, auf die Ausmittelung der Größe ꝛc.; in dem Straferkenntniß aber den Schuldigen **auch verurtheilen**, jene **Privatgenugthuung** zu leisten: —

2. oder wenn ein **Ankläger**, oder **Denunciant**, mit der Anklage, oder Denunciation, **auch die Bitte um Privatgenugthuung verbindet**: ebenfalls zu dem Zweck, damit in und mit dem Strafprocesse auch die Art und Größe der Privatgenugthuung erörtert und erkannt werde. Weil hier der Strafpunct und der Civilpunct sich vereinigen, so nennt man ein solches Verfahren auch processum *mixtum*.

Schon hieraus ergibt sich, daß es keinen **bürgerlichen** Proceß gebe, welchen man, **als einen Selbstständigen**, den Adhäsionsproceß nennen könnte. Bei diesem ist der **Strafproceß** das *Principale;* und **in diesem** ist der Civilpunct nur ein **Nebenpunct**. Die Lehre von dem Adhäsionsprocesse gehört daher in die Grundsätze des **Strafprocesses**.

---

causa, vom Augenblicke des Existentwerdens eines fundamentum excipiendi an, wenigstens im Auge der Billigkeit, eine causa zu seyn, aufhört. Arg. l. 2. D. 12. 7. M.

§. 243.

Die allgemeinen Grundlinien des **ordentlichen summarischen** Processes wurden schon mit dem Zusatze zu §. 225—228. vereinigt: weil dieser summarische Proceß zu den bestimmten und sogenannten gemischten summarischen Processen **in dem nämlichen Verhältnisse** steht, wie der ordentliche feierliche Proceß zu dem ordentlich summarischen.

§. 244. 245. 246.

I. Im Falle Jemand

A. **öffentlich** oder *privatim*, **mündlich** oder **schriftlich**, entweder

1. sich rühmt, i. e. als Behauptung äußert: «er habe einen Rechtsanspruch (eine Klage) gegen ein **bestimmt genanntes** Subject (z. B. **Cajus** sey ihm ein Darlehn schuldig und dergl.), oder

2. *) eine Aeusserung thut, welche zwar einen **Rechtsanspruch** nicht in sich faßt, jedoch, in ihren Folgen, demjenigen benannten Subject, auf welches die

---

*) Dieser zweite Fall ist offenbar nur eine Fiction. Die Reichsgesetze unterscheiden überall zwischen dem Provocationsprocesse und der «**Hauptsache**» oder «**Klage**»: das heißt einem Anspruche, welcher sich auf das **theoretische** Privatrecht gründet, und agendo geltend gemacht werden kann. Nun gibt es aber im theoretischen Privatrecht überall keine ausdrückliche Begründung einer Zwangspflicht, sich eine nicht injuriöse Aeusserung, die keinen Rechtsanspruch enthält, gefallen lassen zu müssen, auf den Fall daß der Aeusserer deren **Wahrheit** beweist. Diese Begründung wäre eine Lächerlichkeit. Was nicht verboten ist, ist erlaubt. Dadurch daß die Gesetze nur die zwangsweise Hemmung **injuriöser** Aeusserungen jener Art statuiren, geben sie, eo ipso, jede Andere, wahre oder falsche, frei. Es bedarf mithin keiner Wahrheitsbeweisführung und keines richterlichen Urtheils, um die Befugniß dazu anerkannt zu erlangen. M.

Aeusserung sich bezieht, nachtheilig werden kann, (z. B. Cajus sey ein Verschwender, überschuldet), so nennt man jenes Rühmen, oder diese Aeusserung, eine Diffamation, welche, möglicher Weise, zugleich auch den Charakter einer Injurie (calumnia) haben kann. Im Gefolge einer durch die Glossatoren veranlaßten irrigen Erklärung der L. 5. Cod. 7. 14. (*Diffamari statum ingenuorum* rel.) gestatteten die Reichsgesetze (Landf. v. J. 1548. Tit. 14. K. G. O. v. J. 1555. Thl. 2. Tit. 27. K. G. Reform, v. J. 1531. §. 35. Conc. d. K. G. O. v. J. 1613. Thl. 2. Tit. 27. R. A. v. J. 1654. §. 84.) und die Praxis, in den beiden unter 1. und 2. bezeichneten Fällen, dem Diffamaten eine sogenannte «*provocatio ex lege diffamari*», mit dem Gesuch: den Diffamanten für schuldig zu erkennen, ad 1.: «entweder mit seiner gerühmten Klage, binnen einer bestimmten Frist, gerichtlich hervorzutreten und sie zu beweisen, oder für immer stillzuschweigen»; ad 2. aber: «entweder seine Aeusserung, binnen einer bestimmten Zeitfrist, als wahr zu beweisen, oder für immer zu schweigen.» Dabei wird ad 1. vorausgesetzt, daß der Provocant und Diffamat die von dem Provocaten und Diffamanten gerühmte Klage bloß verneinen wolle*); nicht aber bezwecke, irgend eine peremtorische Einrede entgegenzusetzen, und dadurch die Klage zu entkräften.

Im Falle nämlich

B. entweder

1. Jemand gegen ein anderes bestimmtes Subject eine solche Diffamation unternimmt, in welcher das Rühmen eines Anspruchs liegt (lit. A. 1.), oder

2. Jemand, auch ohne vorausgegangene rühmende Aeusserung eines Andern, zu befürchten

*) Doch wohl nicht gar als Bedingung? M.

hat, ein bestimmtes Subject werde ihn gerichtlich in Anspruch nehmen (mit einer Civilklage), und nun Demjenigen, welchen die Diffamation (B. 1.) trifft, oder welcher den Anspruch (B. 2.) bloß besorgt, eine Einrede zusteht, mittelst welcher er jenen gerühmten, oder diesen befürchteten, Anspruch zu entkräften vermag (z. B. exceptio non numeratae pecuniae, solutionis etc.), diese Einrede aber unwirksam werden könnte (z. B. die except. non num. pecuniae durch Ablauf der gesetzlichen Zeit ihres Gebrauchs), oder doch eine mehr schwierige und unsichere Beweisführung die Folge seyn würde (z. B. durch zufälligen Verlust der jetzt vorhandenen Beweismittel), bliebe jener sich rühmende oder zu besorgende Gegner jetzt ruhig, und träte er mit seiner Forderung erst später hervor; so kann, ebenfalls nach einer von den Glossatoren veranlaßten irrigen Erklärung der L. 28. Dig. 46. 1. (*Si contendat fidejussor* rel.), der Diffamat (B. 1.), oder der Besorgende (B. 2.), die sogenannte, in den Reichsgesetzen jedoch nirgends erwähnte, «*provocatio ex lege si contendat*» brauchen, um den Gegner zu nöthigen, binnen einer bestimmten Frist, mit seiner Klage gerichtlich hervorzutreten: damit der jetzige Provocant jetzt darauf antworten, seine Einrede dagegen vorschützen, und diese jetzt realisiren, könne. Das Gesuch dieser Provocation richtet sich nach der Natur der gesichert werden sollenden Einrede; aber sehr abweichend sind die doctrinellen Lehrsätze in diesem gesetzlosen Gebiet. Dem Zweck der provocatio *ex lege si contendat* entspricht wohl folgende Unterscheidung. Ist die zu sichernde Einrede

a. eine exceptio juris, welche von Seiten des Beklagten einer besondern Beweisführung gar nicht bedarf (z. B. exceptio non numeratae pecuniae, ehe das gesetzliche Beweisalter der Schuldschrift, welche der Provocat besitzt, eingetreten ist), so geht des Provocanten

Gesuch zweckgemäß dahin: «den Beklagten zu verurtheilen, mit der Klage (binnen einer bestimmten Frist) hervorzutreten, unter dem Rechtsnachtheil, daß sonst die Einrede für immer wirksam bleiben (d. h. ohne Rücksicht auf den Zeitablauf, in der Folge wie in der Gegenwart, wirken) solle.» Ist aber die Einrede

b. mit solchen Thatsachen begründet, deren Wahrheit von einer zu unternehmenden, langsamen oder schleunigen, Beweisführung abhängt (z. B. solutionis, compensationis), so ist das Gesuch dahin zu stellen: «den Provocaten zur Anstellung seiner Klage binnen rc., unter dem Rechtsnachtheil, zu verurtheilen, daß sonst jene Einrede als erwiesen angesehen werden solle.» Vergl. auch Nro. V. Hierin liegt der erhebliche Unterschied zwischen dem Zwecke der provocatio ex lege si contendat, und der, auch ohne provocatio, dem Beklagten offen stehenden probatio in perpetuam rei memoriam, §. 304. Der Zweck der provocatio ex lege si contendat ist keineswegs der, daß (wie Viele irrig annehmen) der Provocant zum Beweise seiner Einrede zugelassen werde (als welche Befugniß ihm, als künftigem Beklagten, schon ohne Provocation und ohne obschwebende Gefahr des Verlustes seiner Beweismittel zusteht); sondern, daß der Provocat mit seiner Klage hervortrete: damit es dem Provocanten sofort möglich werde, *negando* und *excipiendo*, gegen diese Klage, auf dem regelmäßigen Wege des Processes, sich zu vertheidigen, und des Gegners Klage durch die Einrede dergestalt aufzulößen, daß sie niemals wieder gegen ihn angestellt werden kann. Wenn das Lehrbuch im §. 246. den Verlust der speciellen Replik als Präjudiz des die Hauptklage in der bestimmten Frist nicht anstellenden Provocaten angibt, so ist Dieses höchstens nur auf die Fortdauer einer verjährbaren exceptio juris anwendbar.

II. Als allgemeine Principien verdienen hier folgende Bestimmungen besondern Betracht:

1. Beide Provocationen sind nicht im römischen Recht gegründet, vielmehr dessen, auch für politische Freiheit wichtigen, Hauptprincip entgegen: «daß Niemand zum Klagen genöthigt werden, sondern die Verjährungsfrist zur Gränze seiner Klagbefugniß haben, soll.» L. un. Cod. 8. 7. L. 20. Cod. 8. 14. L. 4. Cod. 5. 56. L. 5. §. 6. Dig. 44. 4. Will man sie, gegen dieses römisch-rechtliche Princip, von dem Gesichtspuncte der Gesetzgebung aus, vertheidigen, so läßt sich wohl darauf hinweisen:

a. die provocatio Nro. I. A. 1. setzt ein, dem Provocanten nicht gleichgiltiges, wohl nachtheiliges, Rühmen voraus — eine Art von schädlicher Thätigkeit des Provocaten —; und deßhalb kann dieser es nicht ungerecht finden, wenn seine eigene positive Handlung der Grund wird, ihm den Vortheil des Schweigens zu entziehen. Schwiege der Provocat, so könnte er nicht provocirt werden: — der Zeitraum der gesetzlichen Verjährungsfrist bliebe ihm unverrückt. Auch wird ja vorausgesetzt, sein Rühmen sey eine Unwahrheit. —

b. Die provocatio Nro. I. B. setzt die Sicherung einer dem Provocanten zuständigen Einrede voraus; und selbst das römische Recht gestattet einem Kläger, sein unreifes Klagrecht, unter gewissen Verhältnissen, einstweilen durch Beweis zu sichern. L. 40. Dig. ad leg. Aquil. 9. 2. Auch findet man es gerecht, daß Derjenige welcher eine Klage und den Verlust der Beweismittel einer diese Klage entkräftenden Einrede besorgt, ohne alle Rücksicht auf eine bereits eingetretene Gefahr jenes Verlustes, jene seine Einrede einstweilen, zum bleibenden Gedächtniß, beweise. Auch hierzu muß der

zukünftige Kläger, als Product, vorgeladen werden: weil einseitig, ohne specielle Gefahr im Verzug, unternommene Beweise gar keine Ueberzeugungskraft haben: denn Nichtgehör des Producten macht sie absolut nichtig. Geht nun die Gesetzgebung einen Schritt weiter: erlaubt sie jenem Besorgten, seinen schweigend ihm drohenden Gegner hervorzurufen, daß er die Klage an die Spitze stelle, damit das Ganze auf einmal erledigt und allenfalls auch eine probatio in perpetuam rei memoriam unnöthig werde, so erscheint diese Begünstigung des zur Vertheidigung sich darbietenden Subjects wenigstens dann als rechtsbillig für das Verhältniß auch der freiesten Bürger, wenn jenem Subject eine vorläufige Bescheinigung des Daseyns seiner Einrede geboten wird. Vergl. Nro. IV.

c. Die provocatio Nro. I. A. 2. enthält gar keinen Klagzwang gegen den Diffamanten: sie ist weniger als eine Injurienklage, und ein sehr zweckmäßiges Rechtsmittel gegen Schwätzer, Prahler und Lügner, welchen den animum injuriandi zu beweisen, häufig nicht möglich ist. Auch in dem Gebiete der Preßfreiheit möchte ihr Gebrauch nicht unzwecklich seyn.

Allein auf jeden Fall läuft die von Gönner beabsichtigte Ausdehnung sowohl gegen die bestehende, als gegen eine gute künftige, Gesetzgebung. Archiv, Bd. 3. Abh. 21. S. 325 f.

2. Daraus folgt aber nicht, daß die Provocationen, wie die mit ihnen ganz heterogene römische restitutio in integrum, nur außerordentliche, subsidiarische, Rechtsmittel wären: i. e. nur dann anwendbar, wann der Provocant auf einem andern Wege sich nicht helfen könne. Aus den Reichsgesetzen (Nro. I. A.) entnimmt man z. B.: daß die provocatio ex lege diffamari auch dann gestattet ist, wann der Provocant die Injurienklage

anstellen könnte (Schmach). Und die provocatio ex lege si contendat würde im Falle Nro. I. lit. B. b. nie Statt finden, weil der künftige Beklagte auch zur probatio in perpetuam rei memoriam berechtigt wäre *). Mehr Bedenklichkeit hat es, eine copulative Häufung der provocatio ex lege diffamari mit der actio injuriarum zu gestatten: da Letztere dem überwundenen Injuriaten ohnehin verbietet, die ehrenrührige Diffamation zu wiederholen. Alternativ jedoch ist die Cumulation denkbar. Die provocatio ex lege diffamari findet nämlich auch dann Statt, wann die Diffamation den äußern Charakter einer beabsichtigten contumelia nicht hat; und bei Zweifelhaftigkeit des *doli* wird man cautelarisch eher sie als die Injurienklage wählen. Aber in diesem Falle einer zweifelhaften Interpretation der Diffamation muß der Provocant auch bitten dürfen: « den Provocaten entweder als Injuriaten zu verurtheilen, oder doch wenigstens ihm ewiges Stillschweigen zu gebieten ꝛc. »

3. Die unter I. A. 2. erwähnte provocatio ex lege diffamari hat die Natur einer Strafklage, und geht daher, ohne von dem Diffamaten bewirkte Litispendenz, auf die Erben nicht über; dahingegen die provocatio ex lege diffamari I. A. 1., so wie die provocatio ex lege si contendat I. B., als actiones rei persecutoriae anzusehen sind, und also ohne Weiteres auf die Erben sich fortpflanzen. Denkbar ist es, daß die diffamatio dem Diffamaten auch einen positiven Vermögensschaden zuziehe, in welchem Falle ihm und seinen Erben auch eine Klage ex lege Aquilia zusteht. Deren objective Häufung mit der provocatio ex lege diffamari entspricht den allgemeinen Principien (Zusatz zu §. 138.); so wie

*) Der Eid ließe sich doch wohl auf keinen Fall in perpetuam rei memoriam zuschieben! M.

auch ihr Uebergang auf die Erben, als der einer actio rei persecutoria, keiner vorausgegangenen Klage des Erblassers bedarf.

III. Was den competenten Gerichtsstand der Provocationen betrifft, so ist zu unterscheiden.

1. Bei der Diffamatio Nro. I. A. 2. kann nur ein persönlicher Gerichtsstand des Diffamaten competent seyn; entweder und gewiß dessen forum domicilii, §. 45., oder das forum delicti commissi; wobei aber die allgemeinen Zweifel eintreten §. 47. f. F. Sie ist eine rein persönliche Imploration, und nichteinmal präparatorisch: denn durch sie soll eine Hauptklage dem Provocaten nicht abgenöthigt, sondern eine Verurtheilung oder Entbindung des Imploraten in der Sache selbst sofort erzielt, werden.

2. Die übrigen Provocationen (Nro. I. A. 1. und lit. B.) hingegen sind, nach der praktischen Meynung, in dem foro der bezweckten Hauptklage, selbst im eigenen *foro* des Provocanten, anzustellen: so daß jedoch dem mit der Hauptklage hervortretenden Provocaten die Wahl unter den vielleicht electiv concurrirenden foris des Beklagten (z. B. dem foro domicilii und rei sitae, oder contractus und dergl.) zu lassen sey. Das Reichsgesetz §. 244. Note q. erlaubt ausdrücklich: die provocatio ex lege diffamari, mit Einschluß der unter I. A. 1., in dem persönlichen Gerichtsstand des Provocaten anzustellen: mit dem Anhang, «daß der mit der Hauptklage hervortretende Provocat an das für die Hauptsache competente Forum des Provocanten (als des nunmehrigen Beklagten) zu verweisen sey, — wofern nämlich das gewählte forum provocationis nicht auch zugleich für die Hauptsache competent ist. So kann man mit dem Lehrbuche auch sagen: «die Provocation wirke

keine Rechtshängigkeit», d. h. für die durch dieselbe veranlaßte Hauptklage.

IV. Wer ex lege diffamari, i. e. auf eine Diffamation sich gründend, provocirt, der soll seiner Imploration zugleich eine Bescheinigung darüber beilegen, «daß der, als Diffamant provocirte, Implorat eines Rechtsanspruchs an den Provocanten sich gerühmt, oder eine diesem nachtheilige Aeusserung ausgestoßen, habe.» Siehe die Reichsgesetze Nro. I. A. Diese Bescheinigung soll jedoch nur die Einleitung des sogenannten Diffamationsprocesses begründen: soll das Gericht befugen, diese ungewöhnliche, dem Geiste des gemeinen Rechts widerstrebende (Nro. II. 1.), Proceßart zu gestatten. Als Schlüssel zu dieser, der Regel nach verschlossenen, Thüre hält man aber auch ein bloßes Privatattest für hinreichend. Jene Vorbescheinigung durch ein Privatattest ist ganz getrennt und verschieden von derjenigen Bescheinigung, welche, nach Nro. V., der Provocant alsdann zu führen hat, wann der Provocat die Diffamation verneint. Da die Reichsgesetze von der provocatio ex lege si contendat Nro. I. B. gänzlich schweigen, so fehlt natürlich auch ein gesetzliches Princip darüber, «ob auch diese Provocation, als Bedingung, eine Bescheinigung erfordere, wie die provocatio ex lege diffamari.» Die Praxis fordert sie nicht; allein theoretisch erwogen tritt ihr Grund, dort wie hier, ein: — auch die provocatio ex lege si contendat läuft gegen die gemeinrechtliche Freiheit des Provocaten; und was das Gesetz wegen der provocatio ex lege diffamari gebietet, muß daher auch Princip seyn für deren Schwester: um so mehr, weil die Gesetzgebung diese nichteinmal ausdrücklich gebilligt hat. Volle Analogie wenigstens tritt zwischen Beiden ein.

V. Uebrigens wird der Proceß der Provocationen nach den Grundsätzen des ordentlichen summarischen Pro-

cesses verhandelt, und in den beiden Fällen, Nro. I. A. 1. und lit. B., als ein bloß präparatorisches Verfahren betrachtet: insofern nämlich der Zweck ist, den Provocaten zur Anstellung der von ihm rühmend sich beigelegten, oder von dem Provocanten von selbst befürchteten, Hauptklage zu nöthigen: respective unter dem Rechtsnachtheil des directen Verlusts jener Klage, respective der Anerkennung einer Einrede, welche eben jene Folge, ganz oder zum Theil, *per indirectum* bewirkt. Der Proceß über die diffamatio Nro. I. A. 2. ist nun zwar nicht präparatorisch (Nro. III. 1.); allein unbezweifelt ist sein summarisches Verhandeln, wird nicht eine den ordentlichen Proceß erfordernde actio rei persecutoria (die actio ex lege Aquilia, in factum) copulativ mit jener provocatio gehäuft, Nro. II. 3.

Die Grundzüge des Provocationsprocesses sind Folgende.

1. Wenn im Falle Nro. I. A. 2. der Provocat

a. die Diffamation verneint, so wird dem Provocanten die Bescheinigung auferlegt, daß der Provocat die Diffamation ausgestoßen habe. Diese Bescheinigung, verschieden von der unter Nro. IV., ist nach den Bescheinigungsregeln des ordentlichen summarischen Processes zu führen. Von dem Resultat dieser Bescheinigung hängt es nun ab, ob der Provocat zu entbinden, oder zum Stillschweigen zu verurtheilen, ist. —

b. Gesteht der Provocat die Diffamation, schützt jedoch exceptionem veritatis vor, so ist ihm die Bescheinigung der Wahrheit nachzulassen. So lautet ja selbst das Gesuch der Provocation, und der Provocant kann sich also nicht darauf beziehen, «daß die veritas die Injurienklage nicht aufhebe.» Denn wollte er Dieses, so müßte er die Injurienklage wählen. Lediglich von dem

Resultat dieser Bescheinigung hängt es also in diesem Provocationsfall ab, ob der Provocat zu entbinden, oder zum Schweigen zu verurtheilen, sey. —

c. Gesteht der Implorat die Diffamation, ohne exceptionem *veritatis* anzufügen, so wird er sofort zum ewigen Stillschweigen verurtheilt.

2. Wenn, im Falle Nro. I. A. 1. der Provocat

a. das Rühmen eines Rechtsanspruchs an den Provocanten verneint, so ist auch hier dem Letzteren die Bescheinigung, wie unter V. 1. a., aufzuerlegen; und von deren Gehalt wird es abhängig, ob der Provocat zu entbinden, oder zur Anstellung der gerühmten Klage, binnen einer bestimmten Frist, unter dem Präjudiz ewigen Stillschweigens, zu verurtheilen, ist. —

b. Gesteht der Diffamant, die Diffamation geäußert zu haben, ohne jedoch die Wahrheit der gerühmten Klage behaupten zu können, so wird er sofort zum Stillschweigen verurtheilt. —

c. Gesteht er die Diffamation, behauptet aber zugleich, «daß ihm der gerühmte Rechtsanspruch gegen den Provocanten zustehe», so wird ihm, mittelst Decrets, aufgegeben: «entweder die Hauptklage bei dem competenten Gericht, binnen einer bestimmten Frist, anzustellen, oder ewig stillzuschweigen.» Irrig, den Proceß tumultuarisch verkehrend, und des Beklagten Vertheidigung gegen die Hauptklage beschränkend, ist die Lehre: «jene behauptende Antwort des Provocaten auf die Provocation, sey nun als Klaglibell anzusehen, mithin der Provocant, als nunmehriger Beklagter, anzuhalten: die Exceptionsschrift gegen die Hauptklage einzureichen.» Dieses kann nur dann der Fall seyn, wann der Provocat seine befohlene Antwort auf die Provocation, sogleich als Hauptklage formt, mit allen Erfordernissen eines Klaglibells, und wann auch

das vom Provocanten gewählte Forum, in der Hauptsache selbst, competent ist. In diesem Falle hört nämlich der Provocationsproceß von selbst auf, und der Proceß über die Hauptklage nimmt sogleich seinen Anfang.

3. Wenn im Falle I. B. a. und b.

a. der Provocat, nach mitgetheilter Provocation, sofort mit der Hauptklage hervortritt, so entsteht auch hier kein weiterer Provocationsproceß, sondern die angestellte Hauptklage veranlaßt das regelmäßige Verfahren in derjenigen Proceßart, in welcher sie der Provocat, nunmehriger Kläger, anstellte und anstellen durfte. —

b. Verneint der Provocat das Rühmen mit dem Klagrechte, so wird dem Provocanten die Bescheinigung auferlegt, «daß jenes Rühmen von dem Provocanten geschehen sey.» Nach dem Resultat dieser Bescheinigung ist der Provocat entweder zu entbinden, oder zur Anstellung der Hauptklage, unter denen Nro. I. B. a. und b. gedachten Präjudizen, mit Bestimmung einer Klagfrist, zu verurtheilen: jenachdem nämlich die zu sichernde Einrede entweder eine des Beweises nicht bedürfende exceptio *juris*, oder eine zu beweisende exceptio *facti*, ist. —

c. Ist bewiesen (durch Geständniß rc.), daß der Provocat eines Anspruchs an den Provocanten sich berühmt habe, der Provocat aber erklärt diesen Anspruch selber für ungegründet, oder gesteht die vom Provocanten behauptete Einrede sogleich ausdrücklich zu; so endigt sich auch hier der Provocationsproceß sogleich: die Sache aber nimmt die Natur einer *provocatio ex lege diffamari* an, und der Provocat wird sofort zum ewigen Stillschweigen verurtheilt.

4. Ungehorsam des Provocaten, in non comparendo vel respondendo, begründet, nach geschehener Un-

gehorsamsbeschuldigung, das Erkenntniß auf denjenigen Rechtsnachtheil, auf welchen der Provocant, der Natur der Provocation gemäß, angetragen, und der Richter androhend decretirt, hat.

5. Alle unter V. erwähnten Bescheinigungen können mit allen ordentlichen Beweismitteln, auch durch Eidesdelation, geführt, und bei unvollkommenen Bescheinigungen kann vom Richter auch ein gesetzlicher Eid (purgatorium oder suppletorium) erkannt, werden.

§. 247. 248.

Die Eintheilung des Civilprocesses in den petitorischen und possessorischen bezeichnet keineswegs besondere Verfahrensarten, sondern bezieht sich lediglich auf den Gegenstand des Processes: insofern nämlich *jus ipsum*, oder nur *possessio*, verfolgt wird. Der bloß den Besitz betreffende Proceß wird, der Regel nach, summarisch verhandelt; jedoch nicht nach eigenen bestimmten Proceßregeln, sondern bald nach den Regeln des unbestimmten, bald in der äußern Form eines bestimmten summarischen, Verfahrens, vorzüglich des Mandatsprocesses. Zus. zu §. 234. f. Aber auch viele petitorische Processe werden summarisch, nach den nämlichen Regeln, verhandelt, Zus. zu §. 226.: ja es ist nicht unerhört, daß eine bloße Besitzsache auf dem Wege des ordentlichen Processes verhandelt und entschieden werde. Ebensowenig gibt es besondere Proceßarten, von welchen man die Eine das possessorium ordinarium, die andere aber das summariissimum, in Rücksicht auf die Proceßregeln, nennen könnte; sondern auch jene Eintheilung bezieht sich nur auf das Object: jenachdem nämlich entweder

a. die Conservation eines älteren und besseren Besitzes als der bloß factischen Possession des Gegners, verfolgt wird, oder

b. nur das Behalten dieses factischen, sogenannten neuesten oder jüngsten, Besitzes. Beide fallen wieder in das Gebiet der summarischen Processe überhaupt, oder wohl gar des ordentlichen Processes*): Letzteres wann petitorium und possessorium gehäuft wird; und auch bisweilen in Ansehung des possessorii ordinarii allein: wiewohl dieses am besten für den ordentlichen summarischen Proceß sich eignet. Die anscheinenden Abweichungen in dem Proceßgange einer Besitzsache sind dies entweder nicht, oder sie enthalten bloß die Anwendung materieller Principien vom Besitze, nach den allgemeinen Proceßregeln.

Als allgemeine, auf den Proceß Einfluß habende, Principien lassen sich z. B. ausheben:

1. Alle Besitzklageu zielen auf die richterliche Feststellung eines bloß interimistischen, provisorischen, Zustandes, bis dahin wo das *jus ipsum*, in *petitorio*, ausgemittelt seyn werde. Man findet daher in ihnen provisorische Vindicationen. Vergl. jedoch Savigny, R. d. Besitzes, §. 36. Daraus zog man die Regel: *petitorium absorbet possessorium:* i. e. wenn das *jus ipsum* in den Acten klar erwiesen vorliegt, so verdient das *possessorium* keinen weitern Betracht. Leyser, spec. 488. med. 31. spec. 499. med. 4. Es will Pufendorf und Mevius Note * §. 237. auch dann in petitorio erkannt wissen, wann die Parteien, ihrer eigenen Erklärung zufolge, nur *de possessione* streiten, der Richter aber das petitorium in den Acten klar finde; allein Dieses streitet gegen die Verhandlungsmaxime, so wie dieser

---

*) Dies soll doch wohl nicht auch vom possessorio summariissimo gelten, welches der Richter, von Amts wegen, höchst summarisch zu betreiben hat? M.

2. auch der irrige Lehrsatz widerstrebt: daß der Richter das possessorium summariissimum, von Amts wegen, dann ergänzen dürfe, wann kein Theil um Schutz im Besitze bittet, Beide nur über das petitorium verfahren, Keiner jedoch gegen ein Erkenntniß über den jüngsten Besitzstand protestire. Müller ad Leyser, Obs. 759. Eine solche polizeilich=richteramtliche Regulirung des Besitzstandes, ohne Anruf der Parteien, würde sich nur dann rechtfertigen lassen, wann die Acten unter den Parteien vorgefallene, oder bevorstehende, Thätlichkeiten andeuten.

3. Die Rechtsregel: *nihil commune habet* proprietas (petitorium) *cum possessione*, L. 12. et 52. Dig. 42. 2., sagt soviel: das petitorium und possessorium sind verschiedene, getrennt zu erwägende, Streitpuncte: würden sie auch mit- und nebeneinander, in den nämlichen Acten, verhandelt. L. 8. Cod. 7. 32. Daher, und aus dem Grunde Nro. 1., hat

a. das die Besitzfrage entscheidende rechtskräftige Erkenntniß keinen Einfluß auf das petitorium, ist für dieses nicht res judicata; und daher kann

b. Derjenige, welcher schon in petitorio klagbar wurde, nachher, im Laufe des noch nicht gegen ihn entschiedenen petitorischen Processes, dennoch eine Besitzklage, auf das nämliche Object, ergreifen. L. cit. 12. Dig. 7. 32. L. 18. §. 1. Dig. 43. 16.

4. Eine Häufung des possessorii mit dem petitorio (§. 247. Note x.) wird dann als sich widersprechend bestritten, wann ein remedium *retinendae* possessionis mit einer petitorischen Klage cumulirt wird. Z. B. eine Vindication mit der Imploration um Schutz im Besitze. Danz, in d. summ. Proceß. 66. Allein

a. eines Theils ist es denkbar, daß auch der Besitzer eines Objects eine auf dieses gerichtete petito-

rische Klage anstellen könne, wenn er nämlich nur das ihm bestrittene Recht, an sich betrachtet, gesichert wissen will, §. 2. Inst. 4. 6., mit Cujacius in obs. Lib. 7. obs. 39.; z. B. der im Testament übergangene Notherbe ist im Besitz des Nachlasses, stellt aber gegen den ihn störenden Testamentserben hereditatis petitionem qualificatam an, mit angehängter Bitte: «ihm das Intestaterbrecht zuzuerkennen, zuvörderst aber ihn in dem Besitz der Erbmasse zu schützen»; andern Theils aber läßt sich

b. jene Häufung, in manchen Fällen, dahin erklären: «dem Kläger gehöre wenigstens der von ihm ausgeübte Besitz. Pufendorf, l. c. Oeltze, in der Anleitung zur jurist. Praxis, §. 8. Nro. 4. Schilter, exerc. 13. §. 14.

5. Die, ohne Häufung mit dem petitorio, angestellte Besitzklage ist, der Regel nach, ihrem bloß provisorischen und interimistischen Zweck zu Folge, in den Weg des summarischen Processes einzuleiten. Grolman, §. 238.: und zwar sind

A. die remedia *acquirendae* et *recuperandae* possessionis entweder

a. in dem unbestimmten summarischen Proceß §. 285. f., oder

b. in dem bedingten Mandatsproceß, §. 237., zu verhandeln. Ausnahmsweise qualificiren sich Letztere bisweilen zu dem unbedingten Mandatsproceß. Thibaut, §. 1217.

B. Von den remediis *retinendae* possessionis wird

a. das possessorium ordinarium (Thibaut, P. R. §. 318.) regelmäßig nach den Regeln des unbestimmten summarischen Processes, oder des bedingten Mandatsprocesses, ja, in einzelnen Fällen, nach Wichtigkeit des Objects, auf dem Wege des ordentlichen Processes,

verhandelt. Danz, summar. Proc. §. 58. Schaumburg, L. 2. C. 2. §. 2. f. —;

b. das summariissimum hingegen (Thibaut, §. 319.), der Regel nach, in der äußeren Form des unbedingten oder bedingten Mandatsprocesses: so daß aber, selbst wann ein unbedingtes Mandat (*Inhibitorium*) erbeten wird, zur Bescheinigung der Wahrheit der Imploration, ein, dieser beigefügter, einseitig erwirkter, Zeugenrotul und dergl. für ausreichend geachtet wird: weil nur ein *provisorium*, aus dem polizeilichen Gesichtspuncte, bezweckt — nur thätlicher Zwist der Parteien verhütet — werden soll. Vergl. auch Zus. zu §. 234—236. Es ist aber auch gestattet, auf dem Wege des unbestimmten summarischen Processes, summarische Antwort des Imploraten zu fordern, und, wenn dieser den factischen Besitz des Imploranten, oder die Besitzstörung, verneint, die Bescheinigung dieser Thatsachen mit allen ordentlichen Beweismitteln, auch durch Eidesdelation, zu führen. Böhmer, de actionibus sect. 2. Cap. 4. §. 14. Schmidt, von Klagen und Einreden, §. 155. Danz, a. a. O. §. 59. f. Claproth, §. 74. f. Grolman, l. c. Der Implorant vergesse nur niemals, auf specielle Besitzhandlungen sich zu gründen! §. 213.

6. Die in possessorio separato geführten Bescheinigungen können in petitorio dann um so weniger Beweiskraft haben, wann sie nicht in der Form des ordentlichen Processes, mit vollem Gehör des Gegners, geführt sind.

7. Wegen des Klaggrundes der Besitzklage siehe den Zus. zu §. 134. Wegen der Unkosten, siehe mein Handbuch, Seite 389. Nro. 18.

§. 249. *).

Die Frage: «ob Jemand schuldig sey, eine Rechnung zu stellen? ist nicht der Gegenstand eines Rechnungsprocesses, sondern Gegenstand, und oft nur ein Theil, einer ordentlichen, feierlichen oder summarischen, Klage: z. B. der actio negotiorum gestorum, mandati etc. Ebensowenig veranlaßt Das einen Rechnungsproceß, wenn der Kläger seiner Klage eine Specification seiner einzelnen Forderungen beilegt, und auf die einzelnen Ansätze Einlassung fordert: i. e. eine Antwort, ob der Beklagte die einzelnen Ansätze einräume, oder nicht. Das Verneinen dieser einzelnen Posten, deren Summe das Object der Klage bildet, führt hier zu einem Beweis- oder Bescheinigungsinterlocut, und in der Beweisführung kommen dann die Regeln der Proceßart zur Anwendung, in welcher die Klage erhoben, und in welche der Proceß eingeleitet, wurde.

Der Rechnungsproceß im speciellen Sinn entsteht vielmehr erst und nur dann, wann eine gestellte Rechnung schon wirklich vorliegt, und nunmehr deren, von einem Interessenten, im Ganzen oder in einzelnen Theilen angefochtene, Richtigkeit, von Gerichts wegen, nach processualischen Regeln der Verhandlungsmaxime, zu erörtern, und darüber richterlich zu entscheiden, ist. Oft ist ein solcher Rechnungsproceß auch nur ein Theil der Executionsinstanz (Liquidationsinstanz §. 253.) des definitiv und rechtskräftig entschiedenen Hauptstreites; (z. B. der zur Stellung der Rechnung verurtheilte Mandatar, der zur Herausgabe eines Inventars verurtheilte Besitzer der Erbmasse, hat, im Gefolge jener Verurtheilung, jene Rechnung,

---

*) Vergl. hier meine Materialkritik: Entwurf LXXIX.
M.

jenes Inventar, hergestellt, und es entsteht nun die Frage nach der Richtigkeit und Vollständigkeit).

Die gegen eine gestellte Rechnung vorgebrachten Erinnerungen sind als Angriffe, als Imploration, gegen den Rechnungsführer anzusehen [1]), worauf der Letztere, als Implorate, *excipiendo*, dann der Monent *replicando*, der Rechnungsführer aber *duplicando*, summarisch zu hören ist. Die Rechnung selbst ist weder Klage, noch Exceptionsschrift, sondern ein der Klage (den monitis) vorgängiges factisches Ereigniß, aus welchem der Stoff zu den Erinnerungen, als der Klage, genommen wird. Sie ist eine zwangspflichtig edirte Urkunde zur Instruction der Klage [2]). Nach Beschaffenheit der Rechnung, ihres Umfangs, Gegenstandes rc., geschieht jenes Wechselgehör bald mündlich, zu Protocoll, bald schriftlich. Zwecklich aber ist es auf jeden Fall, sobald die monita eingereicht und dem Rechnungsführer zugefertigt sind, in diesem Mittheilungsdecret, beide Theile vorzuladen, um alle monita mündlich, der Reihe nach, zu durchgehen, und auf diesem Wege, in der Kürze, Das ad protocollum zu beseitigen, worüber vielleicht die Par-

---

1) Sollte dies etwa auch alsdann der Fall seyn, wenn der Rechnungssteller zu klagen genöthigt ist: z. B. mit der actio negotiorum gestorum, mandati, oder curatelae, contraria? M.

2) Diese generelle Behauptung zeigt, daß Gensler gar nicht an die Möglichkeit des in der vorangehenden Note unterstellten Falles gedacht habe: eines Falles, der doch überall eintritt, wo der Rechner, kraft seiner, zwischen dem Einnahme- und Ausgaberegister gezogenen, Bilanz einen Activsaldo an den Rechnungsherrn fordert, welchen dieser, ganz oder theilweise, zu bezahlen sich weigert. In diesem Falle sind solche monita des beklagten Rechnungsherrn, wodurch derselbe einzelne Posten des Ausgaberegisters ableugnet, nicht Einreden, sondern negative Antworten. M.

teien, durch gegenseitige mündliche Erklärungen, sich verständigen. Was hierbei als streitig übrig bleibt, kann alsdann, wenn es relevant ist, der Gegenstand eines weitern, mündlichen oder schriftlichen, Verfahrens werden. Möglich ist es aber auch, daß die ganze Rechnung, im Gefolge allgemeiner Erinnerungen *), als formwidrig, confus, dunkel rc., verworfen, der Rechnungssteller aber verurtheilt, werde»: zuvörderst eine andere, formgerechte, deutliche, Rechnung zu stellen. Nicht selten zeigt es sich auch nöthig, die Rechnung Sachverständigen, zur Prüfung und zu einem Gutachten, vorzulegen. Sind dann die Acten auf jene Weise instruirt, und ist die Rechnung der Form nach zulässig, so spricht der Richter über den Erfolg der Verhandlungen ab: — über jedes einzelne monitum, oder über eine zusammengefaßte Mehrheit connexer Erinnerungen (Anleit. zur gerichtl. Praxis, S. 55. Nro. 11. mit lit. B. und C.): indem er

1. die an sich unstatthaften Erinnerungen voran auswirft, sodann

2. die beseitigten Puncte als erledigt erwähnt («es bewende einstweilen hierbei»); hingegen

3. in Ansehung aller erheblichen streitig gebliebenen Puncte als Richter abspricht: respective die Erinnerungen

---

*) Da eine formwidrige Rechnung so gut wie null ist, so gehört eine solche Erinnerung, wenn der Rechnungsherr zu klagen sich genöthigt glaubt, gar nicht in den Rechnungsproceß, sondern ist der Inhalt einer vorangehenden Klage auf Rechnungsstellung. Ist hingegen der Rechner der Kläger, dann bildet sie (wenn der Rechnungsherr sie nicht in Form einer Wiederklage vorgetragen hat) eine exceptio dilatoria: auf welche aber keine solche positive condemnatio erfolgen kann.

M.

a. als bewiesen erkennt, und die Folge hiervon bestimmt (z. B. einen Zusatz in der Einnahme, oder ein Streichen in der Ausgabe), respective

b. als entkräftet, durch Einreden oder Bescheinigungen des Rechnungsführers; respective aber

c. auf Bescheinigung und Gegenbescheinigung interloquirt, nach den allgemeinen Rechtsvorschriften über die Beweislast §. 170. f.

Ist nun auch Dasjenige, was ein solches Erkenntniß rechtskräftig auferlegt, geschehen, oder versäumt, oder bedurfte es eines Interlocuts auf Bescheinigung nicht, weil alle anfänglichen Streitpuncte durch Vereinbarung, Geständniß, freiwillig beigebrachten Beweis ꝛc., sich erledigt haben, oder nur das *punctum juris* noch zu entscheiden ist, so erkennt der Richter über das Resultat der beendigten Verhandlungen: wobei nun auch, in Ansehung der verschiedenen Streitpuncte, respective Verurtheilung, respective Entbindung, des Rechners, die juristische Folge seyn kann: wohl auch bedingt mit gesetzlichen Eiden. Ist Alles rechtskräftig entschieden, sind die etwa erkannten Eide abgeleistet, so wird die endliche Berechnung gezogen. In das Deficit wird der Rechnungsführer verurtheilt; in den Ueberschuß zum Vortheil des Rechnungsführers, aber dessen, die Rechnung anfechtender, Gegner: insofern Jener darauf angetragen hat. Denn die Sache hat die Natur eines *judicii* duplicis *). Gegen die richterlichen Erkenntnisse finden Suspensiv- und Devolutiv-Rechtsmittel Statt, und die Execution steht unter den allgemeinen Principien, §. 250. f. Vergleiche Danz, a. a. O. §. 40. f.

*) Dies liegt keineswegs in der Natur der Sache; sondern es nimmt nur, wenn ein solcher ausdrücklicher Antrag in concreto darin ausgesprochen steht, der Einredesatz des Imploraten zugleich die Natur einer Wiederklage an. M.

Von den Haupthandlungen der Executionsinstanz.

§. 250. 251. 252. 253.

I. Um die Vollziehung eines rechtskräftigen Erkenntnisses zu bewirken, gaben die Römer dem Sieger die actio rei judicatae, seu judicati; welche einen zweiten, jedoch summarischen, Proceß veranlaßte, wo der Prätor selbst cognoscirte, und, *vi imperii*, die Hülfe vollstreckte, oder hierzu einen Executor ernannte. Tit. Dig. *de re judicata* rel. 4. 1. Tit. Cod. *de executione* rei *judicatae*. 7. 55. Die deutschen Reichsgesetze sehen den Proceß erst durch die angeknüpfte und vollzogene Execution als beendigt an, insofern der Verurtheilte die Vollstreckung der Staatshülfe, durch zwangslose Erfüllung des rechtskräftigen Urtheils, nicht abwendet; und die Executionsinstanz des deutschen Processes hat daher die Natur eines Contumacial-Verfahrens gegen den das rechtskräftige Erkenntniß nicht befolgenden Besiegten (vergl. den Zus. zu §. 118. ff. lit. A.). Der actio rei judicatae bedürfen wir also bloß dann, wann nur ein Anderer als der verurtheilende Richter, die Hülfe zu leisten vermag, und auch der Weg der Requisition §. 64. Nro. II. verschlossen ist.

II. Die bürgerliche Gefängnißstrafe unterscheidet sich vorzüglich durch den Ort des Vollzugs, insofern dessen Local von demjenigen der Aufbewahrung der eines Verbrechens angeschuldigten Subjecte verschieden zu seyn pflegt: — hie und da «bürgerlicher Gehorsam» genannt. Bei dem Mangel einer gesetzlichen Bestimmung nimmt man gewöhnlich an, die bürgerliche Gefängnißstrafe dürfe nicht über vierzehn Tage bei Wasser und Brod, und nicht über vier Wochen ohne jene Schärfung, währen, Quistorp, a. a. O.; allein wer sich boshaft weigert, etwas zu leisten, worein er rechtskräftig verurtheilt worden ist, und wozu man seiner Handlungen nothwendig bedarf, kann auch länger verhaftet bleiben, und, bei fortwährender Hartnäckigkeit, wegen seines Ungehorsams gegen die Obrigkeit und den Staat, endlich als ein Verbrecher behandelt und öffentlich bestraft werden. Nach älterem deutschem Rechte kannte man auch des verurtheilten und nicht zahlenden Schuldners *traditio in manum creditoris* — Hingabe an Hand und Halfter. Durch diese wurde der Schuldner einem Leibeigenen des Gläubigers gleich, und blieb in dieser Lage, bis er bezahlt oder die Schuld abgearbeitet hatte. Das Anhalten zum Abarbeiten der Schuld, ohne Beschränkung der persönlichen Freiheit, ist noch jetzt ein denkbares subsidiarisches Executionsmittel, §. 260. a. E. Danz, §. 462. Eine Executionsart war auch das durch neuere Reichsgesetze verbotene *Obstagium*. Runde, deutsches Privatrecht, §. 218.

III. Wenn der Verurtheilte in der Executionsinstanz

1. noch solche Einreden vorbringt, welche sich auf das Material der Sache (§. 94. und 258.), oder auf das Verfahren des requirirenden Richters, beziehen, so sendet der requirirte Richter die Proceßsache an Jenen zurück, und es wird in foro litis pendentis über

die Einreden erkannt, §. 64. dict. Betreffen aber jene Einreden

2. nur das Executionsverfahren des requirirten Richters (den von diesem gewählten modum — ordinem — executionis), so kann Letzterer selber über die Anträge des Schuldners verfügen und erkennen. Danz, §. 458. Note e. ibi. Gönner Note a.

IV. Zu den Dritten, gegen welche die executio rei judicatae direct Statt findet, obgleich sie nicht partes litigantes waren, gehören

1. die Erben des verurtheilten Schuldners, — nach vorgängiger richterlicher Auflage, «die rechtskräftige Verbindlichkeit ihres Erblassers zu erfüllen»: insofern nämlich jene der Art ist, daß sie auf die Erben übergeht (Thibaut, §. 721. mit §. 68.), und vorausgesetzt, daß auch die unbedingte Erbantretung actengewiß sey. —

2. Der wissentliche Käufer einer *rei litigiosae*, insofern sein Wissen bereits actenmäßig vorliegt. Zusatz zu §. 142. Mevius, l. c. Note l. §. 253.

Sind die Bedingungen der unmittelbaren Execution contra tertium nicht liquid, oder können diesem Einreden zustehen (z. B. dem Bürgen, nachdem der Hauptschuldner vergeblich ausgeklagt wurde), so ist gegen diesen Dritten eine besondere, sein vollständiges Gehör möglich machende, Klage zu erheben. Siehe das Lehrbuch, a. E. des §. 253. Uebrigens kann die Execution nur in solches Vermögen geschehen, welches der Exequende suo nomine besitzt, und über welches er volle facultatem disponendi hat: z. B. nicht in die Substanz des Lehns; wohl aber in dessen Früchte.

§. 254. 255. 256. 257. 258.

A. Vor eingetretener Rechtskraft, als der Bedingung des förmlichen Rechts des verurtheilen-

den Erkenntnisses (§. 109. und 110.), läßt sich die Execution nur dann denken, wann das eingewendete Rechtsmittel, nach einer besondern gesetzlichen Vorschrift, keinen Suspensiv-, sondern nur Devolutiv-, Effect haben soll, §. 265. Interimistische Verfügungen sind, unter den zu §. 302. zu erwähnenden Umständen und Bedingungen, rechtsmöglich.

B. Nach eingetretener Rechtskraft aber finden nur außerordentliche Rechtsmittel Statt: querela nullitatis wegen unheilbarer Nichtigkeiten, und restitutio in integrum, §. 284. und 285. Diese aber können die Realisirung des ex re judicata erworbenen liquiden Rechts des Siegers nur dann aufschieben, §. 264. und 284., wann sie

1. vor eingetretener Rechtskraft, wie ein ordentliches Suspensiv-Rechtsmittel, eingewendet wurden, oder wann

2. die Hülfsvollstreckung dem Verurtheilten einen unersetzlichen, selbst durch Caution nicht zu deckenden, Schaden zuziehen, i. e. wenn die Restitution des Geleisteten, oder der Ersatz, gar nicht möglich seyn, würde. §. 284. Gönner, l. c. Note p. §. 254.

C. Der größere oder geringere Umfang der in der Executionsinstanz, zum Zweck des Vollzugs der richterlichen Hülfe, nöthigen Handlungen des Richters und der Parteien hängt vorzüglich davon ab, «ob und in wie weit, mit der Rechtskraft des verurtheilenden Erkenntnisses, auch alles Dasjenige liquid ausgesprochen werden konnte, und worden ist, was der Verurtheilte prästiren soll.» Ist, in jenem Erkenntniß, das zu leistende Object auch der Größe nach, nebst den Accessionen §. 87., bestimmt ausgesprochen, so bedarf es einer besondern Liquidations-Instanz nicht; sondern allenfalls nur einer Specification der zu er-

stattenden Kosten, zur richterlichen Ermäßigung. Ist aber das Quantum vom Hauptobjecte und von dessen Accessionen, z. B. Früchte, Zinsen und dergl., noch nicht bestimmt, sondern nur die quaestio: «*an* reus debeat», rechtskräftig entschieden, das Quantum hingegen nur unter Bezug auf eine noch zu vollziehende Ausmittelung erwähnt, so entsteht eine besondere Liquidationsinstanz, in welcher das «*quantum* debeat», vor der wirklichen Hülfsvollstreckung, erst ausgemittelt wird. Dieses Aussetzen der Entscheidung: was und wieviel der Verurtheilte dem Sieger zu leisten habe», darf, der Regel nach, nicht Statt finden; sondern das Streitobject muß, in den Verhandlungen der Parteien, so bestimmt vorliegen, daß auch die Beweise einen bestimmten Gegenstand haben, und ein bestimmtes Erkenntniß erfolgen kann. L. 3. und 4. Cod. 7. 46. Ausnahmsweise wird aber eine besondere Liquidationsinstanz begründet:

1. durch die gesetzliche Natur der erhobenen Klage: insonderheit wenn diese eine *actio universalis* war, deren Gegenstand der Kläger in allen einzelnen Bestandtheilen, zur Zeit der Erhebung der Klage, nicht kennen konnte, z. B. die hereditatis petitio: so daß vielmehr der Beklagte voran thätig werden muß, um den Gegenstand seiner Prästation liquid zu machen, z. B. durch Herausgabe eines Inventars, Rechnungsablegung und dergl. In solchen Fällen muß der Besiegte, auf Anrufen des Siegers, erst angehalten werden, «mit jener Handlung hervorzutreten»; und ist nun Dieses geschehen, so können sich neue Streitfragen in der Executionsinstanz entwickeln: z. B. ein Verfahren nach dem Rechnungsproceß (§. 249.) kann eintreten; Bescheinigungen und Gegenbescheinigungen, und ein abermaliges Decisiverkennt-

niß über die Liquidität, selbst mit Auflage gesetzlicher Eide, sind denkbar. Deltze, §. 337. ff.

2. Im Falle ein anderes Hinderniß vorhanden war, das Object der an sich reifen Klage speciell anzugeben, oder wann das Object, im Laufe des Processes, besonders in Ansehung der Accessionen, sich erhöht (z. B. es wird ex facto illicito auf Schadensersatz geklagt, und das damnum ist, zur Zeit der erhobenen Klage, noch nicht in allen Theilen zu specificiren, oder durch den Proceß wachsen die Zinsen, es entstehen deren ex mora und dgl. In solchen Fällen entsteht oft das richterliche Definitiverkenntniß: «der Beklagte sey schuldig, den vom Kläger erweislichen Schaden zu erstatten»; oder: «die rückständigen Zinsen, soviel er deren, durch richtige Quittungen, zu vermindern nicht vermöge»; oder: «die Zinsen des Verzugs, von der Zeit der erhobenen Klage an, zu bezahlen.» Im Gefolge der Rechtskraft eines solchen Erkenntnisses, welches über die Frage: «*an* debeat *reus*», definitiv abspricht, in Ansehung der Frage hingegen: «*quantum* debeat», nur interloquirt, muß der Sieger mit der Liquidation seines Schadens, mit dem Betrag der Zinsen etc., hervortreten — i. e. mit der *constitutio liquidi* —; der Beklagte ist darauf zu hören: es können respective Bescheinigungen und Gegenbescheinigungen entstehen, und ein neues richterliches Erkenntniß hierüber (siehe Nro. 1.), oder respective richterliche Regulirung, Confirmation, Moderation der liquidirten Ansätze und dergl., macht sich nöthig. Deltze, §. 335. Danz, §. 459. Thibaut, §. 1258.

Dagegen ist es der Verhandlungsmaxime, sowie der Natur, dem Zwecke und den gesetzlichen Folgen, der Rechtskraft, durchaus zuwider, unvollkommen vorgeschriebene Beweisthemata in der Liquidationsinstanz, nach abgelaufener peremtorischer Beweisfrist, supplieren,

und so einen zweiten Ergänzungsbeweis erlauben, zu wollen. Archiv, Bd. 1. S. 381 ff.

D. Was der Sieger, in der Executionsinstanz, zunächst erbitten müße, ergibt sich aus dem Obigen unter lit. C. Vergl. Deltze, §. 335. ff. Die in der Liquidations- und Executionsinstanz entstehenden Unkosten fallen dem Besiegten, der Regel nach, selbst dann zur Last, wann in der vorausgegangenen Definitivsentenz Compensation der Unkosten (expensae totius causae) erkannt worden wäre. Denn in der Executionsinstanz tritt ein neuer Grund, die *mora* des Besiegten, für die Verbindlichkeit zur Kostenerstattung ein: — sie ist ein Contumacialverfahren, Zus. zu §. 250.

E. Die sogenannten Hülfsgelder sind keineswegs gemeinrechtlich, sondern nur in einzelnen Ländern üblich, zum Besten des Fiscus, und zur Schande der Gesetzgebung. Sie bestehen in einer, von dem Verurtheilten verbüßt werden sollenden, Geldstrafe, dafür «daß er nicht freiwillig bezahlt, sondern es zur Execution kommen läßt»; und es wird jene Strafe gewöhnlich nach dem Quanto oder Werth des dem Sieger zu prästirenden Objects bestimmt, z. B. 5 Procent. Will in dem Gericht, in welchem die Hülfsgelder gesetzlich oder hergebracht sind, der Sieger die Execution vollzogen haben, so muß er die Hülfsgelder vorher an das Gericht zahlen, und nun diese Summe seiner Forderung an den Exequenden hinzurechnen. Hierin — in dieser dem Sieger auferlegten Last — liegt das Schlechte eines solchen Gesetzes: denn so kann es kommen, daß der siegende Gläubiger, neben seiner Forderung, auch noch die vom Fiscus eingestrichenen Hülfsgelder verliert. So untergräbt die Justizpflege den öffentlichen Credit, zum Nachtheil des Gemein-

wohls. Vergl. Oeltze, §. 344. Schaumburg, Lib. 1. Sect. 1. M. 4. Cap. 3. §. 16. Note **.

F. Wegen der privilegirten Einreden siehe den Zus. zu §. 94.; wegen des beneficium competentiae aber Thibaut, §. 106. ff. Ueberhaupt treten hier die Grundsätze von der *solutio* ein, Thibaut, §. 87. ff.

§. 259. 260. 261. 262.

I. Die Ordnung der Hülfsvollstreckung, i. e. die Bestimmung, welche Executionsart der andern vorgehen, und stufenweise nachfolgen, solle: läßt sich aus den gemeinen Rechten erschöpfend nicht entnehmen, Thibaut, §. 1257.; ist aber in den Landesgesetzen (in besondern Executionsordnungen), der Regel nach, speciell bestimmt. Als allgemeines Princip läßt sich ansehen: «das Immobiliar-Vermögen ist nicht eher anzugreifen, als bis der Versuch, an den Mobilien ein hinreichendes Executionsobject zu finden, vergeblich war; jedoch ist die Hülfsvollstreckung nicht eher in diejenigen Mobilien zu richten, welche zum Nahrungserwerb des Exequenden und dessen menschlicher Nothdurft gehören (z. B. Handwerkszeug, Betten), als bis ein anderes Object der Execution (*mobile* oder *immobile*), in dem Vermögen des verurtheilten Schuldners, nicht zu finden ist. Vergl. Danz, §. 461. Oeltze, §. 219. ff.

II. Nach manchen Landesgesetzen darf der Sieger das Executionsobject gleich anfänglich vorschlagen, Oeltze, §. 349.; und nach gemeinem Recht muß dem hypothekarischen Gläubiger verstattet werden, sofort die Hypothek, oder das Pfand, als nächstes Object der Hülfsvollstreckung, anzugeben, wenn er nicht von dem gesetz-

lichen Selbstverkauf des Faustpfandes Gebrauch macht. Thibaut, P. R. §. 648. Auch einer bloß persönlichen Forderung wegen konnte sich der römische Gläubiger in den Besitz, oder Mitbesitz, des Vermögens seines Schuldners, oder eines Theils hiervon, setzen lassen, und erwarb hierdurch ein *pignus judiciale:* worauf sodann, wenn er durch Beziehung der Früchte nicht befriedigt ward, nach zwei Monaten, auf sein Ansuchen, gerichtliche Subhastation erfolgte. L. 1. ff. Cod. 8. 23. Um diese Immission zu bitten, ist durch kein deutsches gemeines Recht versagt; und sie ist Cautel, weil weder die Einlegung der Wache, §. 259., noch die, ohne vorgängige Immission erfolgende, öffentliche Subhastation, ein Pfandrecht gewährt. Nur der Auspfändung, als einer Art der Immission *in bona mobilia,* pflegt man jene Wirkung eines Pfandrechts beizulegen. Wernher, P. IV. obs. 70. Schaumburg, L. 1. Sect. 1. Mb. 4. Cap. 3. §. 20. In manchen Ländern (z. B. in Sachsen) ist aber des siegenden Gläubigers immissio in das von ihm angegebene unbewegliche Executionsobject, z. B. Haus, Acker und dergl., nicht nur ausdrücklich bestätigt, sondern auch besonders regulirt: so daß sie auch symbolisch geschehen kann, z. B. durch Aushauen eines Spans aus dem Gebälke rc.; ja respective sogar durch die wörtliche Erklärung des Schuldners: «er wolle die Immission für geschehen annehmen.» Diese landesgesetzliche Immission wirkt, wenn sie legal vollzogen ist, ein Pfandrecht. Leyser, spec. 476. med. 7. Oelze, §. 326. Vergl. auch Danz, §. 461. und Thibaut, §. 1258.

III. Auch das durch die Immission erlangte Pfandrecht gibt aber dem Sieger kein Recht zum Privatverkauf; sondern, kann oder will er sich nicht aus den

Früchten befriedigen, so kömmt die Sache zur gerichtlichen nothwendigen Subhastation, für welche nur der (respective zu requirirende) judex *rei sitae* competent ist. Bis sie vollzogen ist, hat der Besiegte immer noch das Recht, «durch Leistung Dessen, was ihm rechtskräftig auferlegt wurde, das Haftobject zurückzuziehen. Bei dem öffentlichen Verkaufe selbst erscheint das subhastirende Gericht gleichsam als Obervormund des Exequenden (des verurtheilten Schuldners), und schlägt die Wege ein, welche diesem die Subhastation so wenig als möglich nachtheilig machen, und den höchst möglichen Preis erreichen lassen. Daher die öffentliche Ladung an alle Kauflustige! Einzelne Länder haben auch besondere Subhastations-Ordnungen. Durch die Versteigerung wird das Object dem zahlfähigen Meistbietenden überlassen; allein das letzte höchste Gebot enthält noch keine Perfection des öffentlichen Verkaufs, auch nicht cum pacto addictionis in diem, i. e. bis Jemand mehr bieten würde. Es verhält sich vielmehr bis zur *adjudicatio* — dem Zuschlag — Alles in dem Gebiet der Tractaten. Das Gericht kann also zurückgehen —; und der Exequende kann immer noch, durch die Leistung der Zahlung, den Zuschlag verhindern, wenn auch ein höheres Gebot nicht erfolgte. Denn erst jener Zuschlag ist von Seiten des Verkäufers (des Gerichts) dessen *acceptatio* des höchsten Gebots. Pacta adjecta, wie das pactum addictionis in diem, sind nicht zu präsumiren. Eine gegenseitige Meynung bezieht sich auf L. un. Cod. 10. 3.; allein dieses fiscalische Privilegium ist nicht auszudehnen, L. 1. Cod. 11.31.; und der Zweck der Subhastation ist nicht, «das Object für jeden Preis dahinzugeben», sondern, «den höchsten und wahren Preis zu erhalten, und dem Exequenden den möglichst geringen Nachtheil zuzu-

fügen. Dies aber wäre abgeschnitten, wenn das Gericht und der Exequende unabänderlich an das zufällige höchste, wenngleich den außergerichtlichen wahren laufenden Werth (Marktpreis) nicht erreichende, Gebot gebunden stünden. Selbst der Gläubiger wäre hierbei in Gefahr. Ueberhaupt vergleiche Oelze, Anleitung zur gerichtlichen Praxis §. 325. 356. ff. Danz, §. 458.

Von den Haupthandlungen in der Rechtsmittelinstanz.

§. 263. *)

Die Rechtsmittel im speciellen Sinn (verschieden von Rechtsverfolgungsmitteln, Klage, Einrede ꝛc.) setzen voraus, daß der Richter, in einer streithängigen Rechtssache, durch ein Decisiv=Decret (§. 103.), das Recht der einen Partei, deren Meynung zufolge, so verletzt haben soll, daß hierdurch die andere Partei unmittelbar einen Rechtsvortheil gewinnen würde, wenn jene Sentenz keine Abänderung erlitte. §. 266. II. Daher die Benennung: remedia *adversus sententias!* Diese Rechtsmittel scheidet man in ordentliche und außerordentliche, §. 264. 265. 284. Nicht aus dem römischen Rechte ist diese Eintheilung abzuleiten; sondern das canonische und das deutsche Proceßrecht haben der *restitutio in integrum* und der *querela nullitatis insanabilis* den Namen: «außerordentliche Rechtsmittel» beigelegt. Der Römer kannte nur die Appellation oder Provocation, als Rechtsmittel gegen solche Decisiv=Er-

*) Vergl. hier meine Materialkritik: Entwurf LXXXI.

M.

kenntnisse, welche der Rechtskraft fähig waren; deßgleichen die Supplication an den Kaiser, einer Oberappellation ähnlich. L. 5. D. 49. 5. Ein der Rechtskraft nicht fähiger Richterspruch wurde als nicht vorhanden angesehen, und durch eine Einrede, oder mit der allgemeinen Nichtigkeitsklage, als nichtig angefochten. Die Restitution gegen einen Richterspruch im Proceß, beruhte ebenfalls auf den allgemeinen Principien. In Deutschland kennt man aber, neben der Appellation — Berufung —, gemeinrechtlich auch die Revision, als ordentliches Rechtsmittel: Letztere, in verschiedenen Ländern, unter verschiedenen Namen: z. B. Leuterung, Supplication, wohl sogar Restitution, ohne rescissorische Wirkung, und verschieden von dem außerordentlichen Rechtsmittel der Restitution, §. 264. Man scheidet die Nichtigkeitsklage wegen unheilbarer Nullitäten, von der Klage oder Querel wegen heilbarer Proceßfehler, §. 283. und 284., und gibt für die restitutio gegen richterliche Erkenntnisse, als außerordentliches Rechtsmittel betrachtet, besondere Proceßregeln, §. 283 — 285. Daher die obige Eintheilung in remedia *ordinaria* et *extraordinaria!*

Verletzt der Richter das Recht einer Partei so, daß hierdurch eine res judicata (§. 109. 110.) nicht entsteht, und also der Gegner der verletzten Partei kein Recht, im Gefolge eines rechtskräftigen Erkenntnisses, erwirbt (z. B. der Richter leistet gar keine Justiz, oder verzögert diese), so kann zwar auch diese schädliche Thätigkeit oder Unthätigkeit eine Beschwerde gegen ihn begründen, — aber nur eine bloße Beschwerde (simplex querela) §. 298.

Bei den eigentlichen Rechtsmitteln wird keineswegs die Person des Richters, sondern das von ihm ertheilte Erkenntniß, angefochten. Es ist daher im letzteren

Falle nur die Gegenpartei als *pars adversa* zu betrachten; und sie muß das ihr zum Vortheil sprechende Erkenntniß, durch eigene Thätigkeit, aufrecht zu halten suchen. Bei den simpeln Beschwerden hingegen ist der Richter selber der angegriffene und sich vertheidigende Theil, sowie bei der Syndicatsklage. Deßhalb werden die eigentlichen Rechtsmittel vor dem gravirenden Richter selber eingelegt; und, wenn sie nicht devolutiv sind, §. 264., sogar unter seiner Direction verhandelt, als Incidentstreit: «ob das angefochtene Erkenntniß zu bestätigen, oder abzuändern, sey», §. 127. Ja jener Richter kann über diese Streitfrage selber erkennen. Dagegen können die simpeln Beschwerden unmittelbar vor dem Obergericht, oder vor dem Richter selber, angebracht werden: — als dem Inhaber der sogenannten jurisdictio sublimis oder Oberaufsichtsgewalt. Gönner und Almendingen a. a. O.

§. 264.

I. *Remedia suspensiva* (die Rechtskraft aufschiebende, auf- oder abhaltende, Rechtsmittel) erhalten ihren Namen daher, weil sie, wenn sie innerhalb zehn Tagen nach der Publication oder Insinuation §. 103. eines Erkenntnisses eingewendet werden, §. 267., die Reife von dessen Rechtskraft, und folglich desselben Realisirung (Execution), verhindern, bis der Incidentstreit §. 127. entschieden ist, oder auch für immer: wenn nämlich ein abänderndes Erkenntniß erfolgt und rechtskräftig wird. Diese Suspensivkraft ist nur den ordentlichen Rechtsmitteln eigen, die ebendeßhalb, und weil ihr Gebrauch an die zehntägige Nothfrist gebunden ist, §. 109. und §. 267., den Namen remedia *ordinaria* führen. Die außerordentlichen Rechtsmittel führen diesen Namen, weil ihr Gebrauch an jenes

zehntägige Fatale nicht gefesselt ist, §. 284., sie auch, der Regel nach, keine Suspensivkraft haben, §. 284.

II. Remedia *devolutiva* nennt man beide Arten der Rechtsmittel, die ordentlichen und außerordentlichen, wann ihre Einwendung die Streitsache von der Instanz des gravirend oder nichtig sprechenden Richters (judex *a quo*) hinweg, und vor eine höhere Instanz (judex *ad quem*) hin, zieht, devolvirt. Nichtdevolutiv sind sie also, insofern der Incidentstreit §. 127. vor dem nämlichen Richter verhandelt wird, welcher die gravirende Sentenz ertheilte. Zusatz zu §. 263. a. E. Manche Rechtsmittel sind bloß suspensiv: namentlich die Revision und deren Stellvertreter, z. B. Leuterung §. 282. Die Appellation ist devolutiv, und, der Regel nach, zugleich suspensiv, §. 268. 266. Die Nullitätsklage wegen heilbarer[1]) Fehler ist an sich bloß suspensiv; sie wird jedoch in Vereinigung mit der Appellation[2]) auch devolutiv.

III. Einige Rechtsmittel haben zur Bedingung, daß die Partei, welche Gebrauch von ihnen machen will, auf *Nova*, i. e. auf neue Thatsachen und Beweise, welche in der vorigen Instanz nicht vorgekommen sind, sich stützen muß, §. 281. 282. Die Appellation läßt nova zu, ohne diese zu erheischen, §. 281.

IV. Außergerichtliche Rechtsmittel sind die, welche gegen einen actum jurisdictionis non contentiosae eingelegt werden, §. 272.

---

1) Unter der gleichen Bedingung gilt dies ja auch von der Nullitätsklage wegen unheilbarer Fehler. Vergl. den Zusatz zu §. 266. M.

2) Dieser höchst dunkle Ausdruck will soviel sagen als: «wenn man sie im Geleise der Appellations-Procedur geltend macht — vorträgt.» M.

§. 265.

A. Weßhalb, ad 1., das durch die Einlegung eines Rechtsmittels entstehende Verfahren ein Incidentstreit genannt werde, verschieden von einem Incidentstreitpunct (Handbuch, Seite 79 f.), siehe Zusatz zu §. 127. mit §. 263. ff.

B. Im Falle wenn, ad 2. und 3., ein richterliches Erkenntniß mehrere Streitpuncte zugleich entscheidet, eine Partei aber sich nicht in allen, sondern nur in einem Puncte, oder in einigen Puncten, für beschwert achtet, und ein auf diesen Theil, oder diese Theile, jenes mehr umfassenden Erkenntnisses beschränktes Rechtsmittel einwendet, so gehen die übrigen entschiedenen, durch das Rechtsmittel nicht angefochtenen, Puncte in die Rechtskraft über, und sind folglich kein Gegenstand des durch das Rechtsmittel entstehenden Incidentstreits und der nochmaligen richterlichen Beleuchtung und Entscheidung, §. 55. Und wer ein Rechtsmittel gegen ein ihm eröffnetes Erkenntniß gar nicht einwendet, erklärt hierdurch seine Zufriedenheit mit selbigem, §. 109. 110. In Rücksicht auf den Schweigenden wird es wenigstens respectiv rechtskräftig: so daß er, wenngleich sein Gegner ein Rechtsmittel gegen jenes Erkenntniß einlegen, dieses aber bestätigt werden, sollte, gegen das vorige, von ihm, dem Schweigenden, gebilligte Erkenntniß mit einem Rechtsmittel nicht hervortreten darf. Denn Dieses wäre ebensoviel, als widerriefe er seine erklärte Zufriedenheit mit jenem vorausgegangenen richterlichen Rechtsausspruch. Hierauf beruht zugleich der praktisch so wichtige Satz: «gegen Den, der das Rechtsmittel eingewandt hat, kann nicht *in pejus* — nicht *in durius* — erkannt werden, i. e. etwas noch mehr Nachtheiliges, als das von

ihm angefochtene Erkenntniß ausgesprochen hat. Wer nämlich ein Rechtsmittel einwendet, bezweckt, einen Vortheil — ein besseres Erkenntniß — zu erlangen. Findet nun der Richter hierzu keine Gründe, will er nicht zum Vortheil des Appellanten, Revidenten ꝛc. reformiren, so kann er nur entweder

a. das Rechtsmittel bloß rejiciren, §. 268., oder

b. das (respectiv rechtskräftige), vom Gegner nicht angefochtene, Erkenntniß nur bestätigen. Ausnahmen treten jedoch ein:

1. wenn in der angefochtenen Sentenz etwas unheilbar Richtiges, z. B. offenbar Irrelevantes, erkannt wurde, welches auch durch den Ablauf der zehntägigen Nothfrist, §. 109. 110., die Kraft Rechtens nicht beschreiten konnte, und daher von dem Richter der vorigen Instanz *ex officio* hätte ausgeworfen werden sollen. Vergl. Archiv, Bd. 1. S. 373 f.

2. Im Falle das vorige Erkenntniß dem Gemeinwohl entgegenläuft — policeiwidrig ist: z. B. einen feuergefährlichen Bau gestattet. Pufendorf, l. c. et obs. 109. §. 2. Hommel, obs. 3. et 420.

3. Im Falle einer accessorischen Adhäsion des Gegners *). Es ist möglich, daß beide streitende Theile, durch das nämliche Erkenntniß, sich beschwert finden. Glauben sich nun Beide auch durch den nämlichen Punct der Sentenz gravirt, wenngleich ihre Tendenz, in Rücksicht auf ein besseres Erkenntniß, verschieden ist (z. B. Beide: «weil dem Kläger der Beweis auferlegt worden sey»; indem

---

*) Vergl. hier meine Materialkritik: Entwurf LXXXII.

M.

a. der Kläger behauptet: «den Beklagten treffe die Beweislast»,

b. der Beklagte hingegen: «die Klage sey sofort als unstatthaft zu verwerfen, folglich dem Kläger ein Beweis gar nicht nachzulassen»), und der eine Theil wendet, im Laufe der Nothfrist, ein Rechtsmittel ein, die andere Partei hingegen bleibt in diesem zehntägigen Zeitraum unthätig, so kann diese schweigende Partei dennoch, auch nach Ablauf des Fatale, z. B. in der Einredeschrift §. 270., accessorisch adhäriren: i. e. erklären: «auch sie finde sich in dem nämlichen Punct gravirt, und bitte, *in pejus* wider den Gegner zu erkennen.» Jenes Zusammentreffen der Unzufriedenheit beider streitenden Theile mit dem nämlichen Punct des Erkenntnisses, nennt man ein «gravamen *commune*» (beiden gemeinschaftlich). Die L. 39. cit. Cod. 7. 62. bestätigt voran den Satz der respectiven Rechtskraft, erlaubt jedoch dem Appellaten, dann wann sein appellirender Gegner dessen Appellation in judicio rechtfertige §. 277., ebenfalls vorzutragen: *quid judicatis opponere maluerit*»; setzt auch hinzu: si autem absens fuerit (der Appellate), nihilominus judicem per suum vigorem (ex officio) ejus (des Appellaten) partes adimplere.» Hierin liegt nun nicht nur

a. die Erlaubniß des Appellaten zur Adhäsion, sondern es scheint auch diese

b. auf ein gravamen *commune* nicht beschränkt (si *quid judicatis* opponere maluerit); und überdies wird sogar

c. der Richter gleichsam als Anwalt des abwesenden Appellaten gesetzlich legitimirt. Ja

d. die L. 10. Cod. 7. 64. untersagt sogar die Appellation wegen der Nebenpuncte (Kosten, Früchte),

im Falle der in der Hauptsache verurtheilte Gegner appellirt habe: indem dann, auch ohne besondere Provocation des Appellaten, diesem eine solche accessio (Früchte und dergl.) zuerkannt, mithin in durius wider den Appellanten gesprochen, werden dürfe. Aus dem Ganzen hat man nun den Begriff einer Gemeinschaft des eingewendeten Rechtsmittels zwischen beiden streitenden Theilen, abstrahirt; streitet aber darüber: wann sie anhebe? auch, ob und worauf sie zu beschränken sey: auf das gravamen commune, ob auf Nebenpuncte? sowie auch: welche *absentia* eines Appellaten den Richter befuge oder verpflichte, für denselben thätig zu werden? — Das Letztere erklärt das Lehrbuch von jedem Falle, in welchem der Appellate vor dem Appellationserkenntniß nicht gehört worden ist. Man muß aber wenigstens hinzusetzen: «ihm auch keine Gelegenheit zum Gehör gegeben worden ist.» In Rücksicht auf die übrigen Zweifel ist anzunehmen:

α. die Worte der L. 39. cit. 7. 62. «*causas* appellationis suae proposuerit», lassen die Gemeinschaft und die Befugniß zur Adhäsion mit der Introduction der Appellation und dem Vortrag der speciellen Beschwerden eintreten. Das Wort *judicium*, im Gegensatz von *jus*, kann hier keine Aufklärung geben: weil in den Constitutionen der Kaiser dieser scharfe Gegensatz des altrömischen Rechts, mit eingetretenen Modulationen der Gerichtsverfassung, erlischt.

β. Die Gemeinschaft und die accessorische Adhäsion ist auf das gravamen *commune* zu beschränken. Dieses ergibt sich aus der Regel pr. L. 39. Cod. all., und aus L. 10. Cod. cit. 7. 64.: weil in dem hier vorausgesetzten und ausgenommenen Falle die Beschwerden beider Theile darin zusammentreffen, daß der Eine behauptet: «es gebühre dem Sieger gar nichts»; der

Letztere aber: «noch mehr, als geschehen, hätte ihm zuerkannt werden sollen.»

γ. Für den freiwillig abwesenden, freiwillig schweigenden, Appellaten, welchem legale Notiz von den speciellen Beschwerden des Appellanten, und Gelegenheit zur Adhäsion, gegeben wurde, ohne diese Adhäsion, in durius gegen den Appellanten, zum Vortheil des ungehorsamen, verzichtenden, Appellaten zu erkennen: verletzt die ersten Principien der Verhandlungsmaxime des deutschen Processes; und hätte Justinian den Richter auf diese exorbitante Weise befugen wollen, so könnte man Dieses doch nur als eine nicht zu beachtende Inconsequenz seiner Gesetzgebung ansehen, welche wir, als bloßes Hülfsrecht, selbst denjenigen Principien nachsetzen müßen, welche nur aus dem Geist und der Natur des deutschen Processes folgen, ohne daß der Buchstabe des Gesetzes Auskunft gäbe. Vorzüglich aber tritt Dieses ein, wenn das fremde Gesetz dunkel ist. Von der sogenannten Principal-Adhäsion siehe §. 267.

C. Es muß ad 4., der das angefochtene Erkenntniß, ganz oder zum Theil, abändernde Richter, in seinem reformirenden Erkenntnisse, zugleich bestimmen: «wie anders, der abzuändernden Puncte wegen, rechtlich zu erkennen sey, und respective was, im Gefolge der erkannten Abänderung, nunmehr processualisch geschehen müße oder könne. Rechtsfall, Nro. 54.

D. Folgeweise erhält, ad 5., die Suspensivkraft des eingewandten Rechtsmittels §. 64. auch das Princip aufrecht: «pendente lite nihil innovandum est»: i. e. auch im Laufe dieser neuen Instanz darf weder der Richter, noch eine Partei, das objectum litis in eine andere Lage versetzen. Die Verletzung dieses Princips heißt Attentat, welches die Gesetze besonders verpönen. Verschuldet

es der Appellant (oder Revident, Leuterant ꝛc.), so wird er seines Rechtsmittels verlustig. Das Attentat des Richters, oder des Appellaten (Revisen, Leuteraten und dergl.) ist nichtig (das Object ist in die vorige Lage zurückzuversetzen), begründet Strafbefehle, und Klagen auf Schadensersatz. Cap. 41. X. 2. 28. Reichsabsch. v. J. 1654. §. 59. Gönner, a. a. O. §. 16. Ausnahmen machen aber erlaubte provisorische Verfügungen §. 303., und manche Proceßarten, in welchen den eingewendeten Rechtsmitteln die Suspensivkraft entzogen ist: z. B. in Wechselsachen, im possessorio summariissimo und dergl. In diesen sind bloße Suspensivrechtsmittel gar nicht zu beachten; wird aber Appellation eingewendet, so werden zwar die Acten an den judex ad quem eingesendet, der judex a quo aber vollzieht einstweilen das von ihm gesprochene Erkenntniß. Gönner und Claproth, l. c. Danz, §. 104. und 426.

E. Im Falle, ad 6., die Beschwerden beider Theile

a. gleich, oder connex, sind, so zieht die Appellation das bloße Suspensivrechtsmittel an sich, und mit sich, vor die höhere Instanz. Wird jedoch die Appellation rejicirt, hingegen jenes bloße Suspensivrechtsmittel, in Hinsicht auf Erheblichkeit der Beschwerden des Revidenten und dergl., für begründet befunden, so gehen die Acten, zur weiteren Verhandlung, an die Unterinstanz zurück. Denn ist das Principale (jene Appellation) gefallen, so ist auch dessen anziehende Kraft erloschen. Ist hingegen

b. eine Einheit oder Connexität der Beschwerden nicht vorhanden, so muß das bloße, nicht präjudicielle, Suspensivrechtsmittel, bis zur Entscheidung der Appellation, ruhen, und wird dann in der Unterinstanz fortgesetzt: denn soviel möglich muß die Stufenfolge der

Instanzen aufrecht erhalten werden. Manche Landesgesetze haben, zur Abkürzung der Processe, das durchgreifende Princip aufgestellt: «das Devolutiv-Rechtsmittel zieht, in jedem Falle, das bloße Suspensivrechtsmittel an sich, vor die höhere Instanz»; und irrig hält dies für gemeinrechtlich Leyser, spec. 655. med. 61.

F. Es tritt, ad 7., dieses Princip vorzüglich ein im Verhältniß der Litisconsorten für einander: vermöge des mandati praesumti §. 70. L. 10. §. 4. Dig. 49. 1. Cap. 72. X. 2. 28. L. 1. und 2. Cod. 7. 68.

§. 266.

Zur Verhütung des Mißbrauchs der den Proceß verlängernden Rechtsmittel sind diese auf mancherlei Weise beschränkt.

I. Nach dem Geist des römischen, in den mehrsten deutschen Provinzen insofern beobachteten, Rechts finden sie nur gegen Erkenntnisse Statt: weil nur diese, durch ein zehntägiges Alter, Gesetz für die Parteien werden, §. 103. und 109. ff., die bloß proceßleitenden Decrete hingegen unter diesem Gesetz der Rechtskraft gar nicht stehen, §. 103. 107., sondern auch nach zehn Tagen, hinter ihrem Erlaß, durch Einreden, angefochten und entkräftet werden können, mithin der Gebrauch eines Suspensivrechtsmittels zwecklos ist. Thibaut, P. R. §. 1248. Das römische Recht gibt die Appellation sogar nur gegen Definitiverkenntnisse; allein da auch die entscheidenden Interlocute (§. 103. I. A. 2.) rechtskräftig werden, — der einen Partei einen Vortheil zuerkennen und der Andern absprechen 2c., — so sind, nach deutschem gemeinem Processe, auch gegen sie Suspensivrechtsmittel zulässig und nöthig; und es hat den höchsten Nachtheil für den Proceßgang, wenn man die Rechtsmittel gegen Zwischenbescheide abschneidet: ent-

weder vielleicht im Gefolge einer Unkenntniß des Begriffs von gemischten Interlocuten, und weil man diese (z. B. das Erkenntniß auf Beweis, mit Feststellung des Beweisthema und dergl.), in grobem Irrthum, für *meras* interlocutiones hält, oder zum Zwecke einer übel berechneten Abkürzung des Processes. In den entgegengesetzten Fehler verfiel das päbstliche Recht: indem dieses auch gegen bloße Interlocute die Appellation gestattet. Cap. 12. in 6to. 2. 15. Danz, §. 426.

Auch gegen nichtige Erkenntnisse, wegen unheilbarer und heilbarer Nichtigkeiten, finden die ordentlichen Rechtsmittel Statt, wenn man Letztere, als das minus, wählen und ihre Fatalien beobachten will. Arg. Leg. 21. Dig. 50. 17.

II. Die Partei, welche ein Rechtsmittel einwenden will, muß behaupten können: in den verbis *decisivis* des eröffneten Erkenntnisses (§. 162. lit. A.) sey

a. entweder ein Recht, ein Vortheil, den Gesetzen zuwider, ihr aberkannt, oder

b. eine nach dem Gesetz ihr nicht obliegende Pflicht, eine ungebührliche Last, ihr zuerkannt, auferlegt, oder

c. über einen verhandelten, zu ihrem Vortheil zu entscheiden gewesenen, Streitpunct nicht erkannt: so daß, im Falle das Erkenntniß die Rechtskraft beschritte, hierdurch ihrem Gegner ein, nach dem Gesetz, nicht gebührender Vortheil, wenn auch nur folgeweise, zuwachsen würde. Eine Behauptung jenes Inhalts, unter a. b. oder c., bildet eine Beschwerde (*gravamen*), nach deren wahrem Begriff. Was außer diesem Bezirke liegt, sey es auch dem Erkenntnisse miteinverleibt, wird nicht rechtskräftig — ist keine Entscheidung; und ebendaher sind gegen die Entscheidungsgründe gerichtete gravamina keine Beschwerden im wahren Sinn: ebendaher

findet gegen die der Rechtskraft nicht unterworfenen *rationes* decidendi ein Rechtsmittel nicht Statt. Zusatz zu §. 109. f. Klar ist Dieses alsdann, wenn der Entscheidungsgrund in einem Rechtsprincip besteht; schwieriger aber, in der Anwendung, wenn der Richter dem Erkenntnisse factische Entscheidungsgründe einfügt, oder sein Urtheil über eine factische Behauptung einer Partei nur als Grund seiner eigentlichen Entscheidung ausspricht. (Z. B. in einer reinen, eine Ueberfarth betreffenden, Besitzsache, in welcher der nur um Schutz bittende Kläger, in der Imploration, bloß auf Besitzhandlungen sich stützt, in der Replik aber, pro coloranda possessione, auch auf sein Recht sich bezieht, und, zum Ueberfluß, auch petitorischen Beweis beibringt, erkennt der Richter: «da der Implorate seinen Besitz bescheinigt hat, zudem ihm auch das Recht zusteht, über des Imploraten Grundstück zu fahren; so ist Implorant in dem Besitz der Ueberfarth so lange zu schützen, bis der Implorate, in possessorio ordinario oder in petitorio, ein Anderes ausgeführt haben wird.» Es wendet der Implorat hiergegen kein Rechtsmittel ein, sondern erhebt, nach einiger Zeit, die Negatorienklage gegen jenen siegenden Imploranten. Dieser, als jetzt Beklagter, setzt exceptionem rei judicatae entgegen, «weil in jenem Erkenntniß über die Besitzsache schon ausgesprochen sey: es stehe ihm das Recht zu», folglich die vorbehaltene petitorische Klage nur mit einer Nichtigkeit oder Wiederauflößung und dergl. jenes als bewiesen erkannten Ueberfarthsrechts begründet werden, wenigstens ihn — den jetzigen Beklagten — die Beweislast nicht treffen, könne.» Der Kläger replicirt: «jene verba enunciativa seyen nur ein Entscheidungsgrund, und dieser habe durch ein zehntägiges Alter zur juristischen Wahrheit sich nicht erhoben, sey nicht rechtskräftig geworden»). In solchen Fällen sind

wenigstens verschiedene doctrinelle Interpretationen denkbar (Anleit. zur jurist. Praxis, §. 27. Note 33.); und dann ist es doch Cautel, gegen einen solchen Satz des Erkenntnisses eine Beschwerde aufzustellen: wenigstens um Erleuterung zu bitten (Nro. III.), «ob derselbe nur Entscheidungsgrund, oder decidirender Bestandtheil des Erkenntnisses, seyn solle.»

III. Auch das wirklich dunkle, sey es ganz unverständliche, oder doch mehrdeutige, Erkenntniß kann die Rechtskraft nicht beschreiten, und bedarf also der Einwendung eines ordentlichen Rechtsmittels nicht; sondern die Partei, welche Herstellung der einfachen Verständlichkeit wünscht, kann, auch nach abgelaufener zehntägigen Frist, um Erleuterung — Erklärung — declarationem — sententiae nachsuchen. Ist jedoch das Erkenntniß juristisch, relativ, deutlich (Anleit. zur gerichtl. Praxis, §. 28. S. 120 f.), so ist es vergeblich, unter dem Vorgeben einer Dunkelheit, auf Erleuterung anzutragen: sey es im Laufe der Nothfrist, oder nachher. Dieses Gesuchs ungeachtet wird, oder bleibt, die Sentenz rechtskräftig. In zweifelhaften Fällen ist es daher Cautel, innerhalb der Nothfrist, um Erleuterung nachzusuchen und auf den Fall, daß ein von diesem Imploranten befürchteter Sinn in der Sentenz ausgesprochen seyn sollte, gegen diesen Sinn und was dieser ausspricht, sogleich, eventuell, ein Rechtsmittel einzuwenden, mit Bezeichnung der Beschwerde. War aber das Erkenntniß wirklich dunkel, die declaratio erfolgt, und eine Partei findet sich durch den nun aufgeklärten Sinn der Sentenz beschwert, so läuft ihr die Nothfrist des einzuwendenden ordentlichen Rechtsmittels von der Publication des erleuternden Erkenntnisses an: denn nunmehr erst ist die Sentenz juristisch vorhanden.

Von dem Erleuterungsgesuch unterscheidet sich die sogenannte blinde Einwendung eines Rechtsmittels (blinde Appellation, Revision, Leuterung): i. e. wann eine Partei, ehe noch die Sentenz ihr publicirt ist, gegen deren ihr etwa nachtheiligen Inhalt, vorläufig ein Rechtsmittel einwendet (gravamen futurum): z. B. der Beklagte erklärt: «im Fall das eröffnet werden sollende Erkenntniß aussprechen wird, Kläger habe bewiesen, so will ich hiergegen zum Voraus die Appellation eingewendet haben.» Ein solches vermeyntliches Rechtsmittel ist wirkungslos: weil die ordentlichen Rechtsmittel nur für den Fall gegeben sind, daß der Richter etwas Ungerechtes bereits ausgesprochen hat. — Die Beschwerde eines Rechtsmittels muß reif seyn, wie die Klage. Die von Mevius angedeutete Ausnahme ist dieses nicht, sondern bezieht sich auf die statthafte simple Beschwerde §. 264. gegen ein unbefugt procedirendes Gericht.

IV. Gegen bloß provisorische — interimistische Verfügungen, welche insonderheit wegen der Gefahr im Verzug ertheilt werden, z. B. gegen unbedingte Mandate, wegen Schutz im Besitz und dergl. §. 303., finden die ordentlichen Rechtsmittel nicht Statt: d. h. diese hemmen die Execution nicht. L. 3. Dig. 49. 4. Cap. 10. und 15. X. 2. 13. Doch läßt der Gerichtsgebrauch die Appellation, mit Beschränkung auf den Devolutiveffect, zu: i. e. einstweilen wird das untergerichtliche Decret vollzogen, bis die höhere Behörde ausspricht, «ob dasselbe zu bestätigen oder abzuändern sey.» Gönner, a. a. O. Böhmer, j. eccl. proc. L. 2. T. 28. §. 25.

V. Gegen die, der Zeit nach (durch ruhigen Verfluß der zehntägigen Nothfrist), rechtskräftigen Erkenntnisse finden nur die außerordentlichen, an jene Frist nicht

gebundenen, Rechtsmittel Statt, d. h. die Restitution §. 285., und die Nichtigkeitsklage wegen unheilbarer Fehler §. 284. Handbuch, S. 51.

VI. Aus welchem Grunde

a. gegen den Inhäsivbescheid (im speciellen Sinn),

b. gegen das auf beharrlichen Ungehorsam in der Hauptsache, erfolgende, und

c. gegen das dritte, mit zwei vorgängigen Bescheiden ganz gleich lautende, dieselben bestätigende, Erkenntniß, ein ordentliches Rechtsmittel nicht Platz greife: siehe Zusatz zu §. 109. und 110. lit. C. Nro. 2. 3. 4.; und

d. ebendaselbst Nro. 1. mit §. 220. von dem Bescheid, welcher nur die reine Folge eines abgeleisteten Schiedseides ausspricht.

VII. Sowie die Reichsgesetze (Reichsabschied v. J. 1654. §. 112.) verordneten, «solle eine Sache durch Appellation an das R. K. G. devolvirt werden, so müße das Object des Processes einen bestimmten Werth haben», (*summa appellabilis* — respective 400 Rthlr., respective 16 Rthlr.), ebenso findet man, in den verschiedenen Landesgesetzen, ähnliche Beschränkungen der ordentlichen Rechtsmittel. Es sind jedoch hierbei gewöhnlich die Gegenstände ausgenommmen, welche nach einem gewissen Marktpreis sich nicht wohl schätzen lassen, z. B. Ehe- und Ehrensachen, Gerechtigkeiten rc. Das Ganze, sowie die Berechnung der Quantitas (z. B. ob auch die Capitalzinsen zum Object gerechnet werden, oder nur der Stock des Capitals, und dergl.?) beruht bloß auf landesgesetzlichen, sehr verschiedenen, Vorschriften. Jenes Reichsgesetz war nur für das R. K. Ger. Norm; nicht für die landesherrlichen Obergerichte, im Verhältniß zu den subordinirten Gerichten; und das Hülfsrecht gibt hierüber keine speciellen Entscheidungsregeln. Es begünstigt die Ap-

pellationen, mehr als es sie beschränkt. «Et in majoribus et in minoribus negotiis appellandi facultas est rel.» L. 12. et 20. Cod. 7. 62. Cap. 11. X. 2. 28.

VIII. Der Gebrauch und das Verfahren der ordentlichen Rechtsmittel ist an gewisse Fatalien, Noth- und peremtorische Fristen, gebunden. Hiervon §. 267. ff.

§. 267.

1. Die gemeinrechtlich gestattete Einwendung der Rechtsmittel vor einem Notar, ist, nach den Landesgesetzen, wenn nicht aufgehoben, doch auf die Fälle der Unzugänglichkeit des fori litis pendentis beschränkt, oder nur wegen begründeten Verdachts einer Justizverweigerung, oder wegen der Gefahr im Verzug, erlaubt.

2. Nach gemeinem Recht ist

a. gestattet, in der Einwendungsschrift, *quaevis remedia juris* (ohne nähere Bezeichnung eines Einzelnen, (ob Appellation, oder Revision und dergl.) einzuwenden, und nachher, bei der Rechtfertigung §. 269., ein beliebiges, nach den Gesetzen zulässiges, Rechtsmittel zu wählen. Dieses ist die interpositio *cumulativa*, seu *electiva*. Auch ist es

b. nicht nöthig, jedoch erlaubt, die einzelnen Beschwerden, in der Einwendungsschrift, speciell anzugeben; sondern man kann Dieses bis zur Rechtfertigung versparen. Anders nach vielen Landesgesetzen, nach welchen oft die specielle Bezeichnung des Rechtsmittels, wohl auch das Aufstellen der einzelnen Beschwerden, schon hier erforderlich ist! Oeltze, §. 311. Schaumburg, Lib. 1. S. 2. Cap. 1. §. 10.

3. Mit den Beschwerden muß man nicht verwechseln die, dieselben rechtfertigenden, Gründe (causa *justificatoria* gravaminis). Anleitung zur gerichtl. Praxis, §. 28. Note 33. a. E. S. 127. Diese Rechtfertigungsgründe

pflegt man, in der Einwendungsschrift, nur dann anzuführen, wann der Appellant, Revident rc., ein rejectorisches Decret, §. 268., befürchtet. Deltze, §. 300. f.

4. Dem Proceßgesuch: «es möge das Gericht das Rechtsmittel gestatten, ihm fügen, deferiren, es annehmen» (§. 268.), tritt auch, der Regel nach, die Bitte «um eine Rechtfertigungs- oder respective Introductionsfrist» hinzu. Vergl. §. 269. und 276. f., und Zusatz zu §. 262. Nro. IV. f.

5. Ein materielles Sachgesuch (§. 269. Nro. 4.) liegt nicht in dem Zwecke der Einwendung eines Rechtsmittels; sie ist jedoch dann nicht unzwecklich, wann die speciellen Beschwerden gleich darin mitaufgestellt wurden (Nro. 2. a. E.), wohl auch mit Hinzufügung einer vorläufigen justificatio (Nro. 3. a. E.).

6. Im Falle gemeinschaftlicher Beschwerden beider Theile findet die zu §. 265. lit. B. 3. erwähnte accessorische Adhäsion Statt. Haben hingegen die Parteien verschiedene, weder identische, noch connexe, Beschwerden, so muß jede Partei, welche sich beschwert glaubt, ein besonderes, an die Fatalien gebundenes, Rechtsmittel einwenden. Es ist unpassend, dies, wenn es geschieht, eine Principal-Adhäsion zu nennen: indem eine Adhäsion gar nicht vorhanden ist, sondern jedes Rechtsmittel für sich besteht. Das Eine kann daher rejicirt, §. 278., das Andere hingegen angenommen, werden, und eine Abänderung des angefochtenen Erkenntnisses zur Folge haben; dahingegen, wenn eine accessorische Adhäsion vorhanden ist, diese von selber erlöscht, im Falle der Gegner dessen eingelegtes Rechtsmittel aufgibt oder desert werden läßt. L. 178. D. 50. 17. Gönner, Bd. 3. Abh. 57. §. 19. Deltze, §. 302. Danz, §. 415. Schaumburg, L. 1. S. 2. C. 1. §. 16. Thibaut, §. 1251.

§. 268.

Erachtet der Richter, nach der ihm übergebenen Einwendungsschrift (§. 267.), das Rechtsmittel, sey es durch Vergleichung mit den Acten, oder wegen des Gehalts der Beschwerden,

a. für erheblich, i. e. einer weiteren Prüfung werth, so nimmt er es an — deferirt — fügt — demselben, i. e. gestattet ein Verfahren über die *Gravamina:* damit sodann erkannt werde: «ob das vorige (das angefochtene) Erkenntniß abzuändern, oder zu bestätigen, sey.» Die gewöhnliche Formel: «es werde dem Rechtsmittel *in quantum juris* gestattet», sagt soviel: «durch das Annehmen des Rechtsmittels sey noch nicht entschieden, ob es den vom Interponenten bezweckten Erfolg haben werde.» Findet er

b. es unerheblich, in Rücksicht auf den Gehalt der Beschwerden, oder versäumt, oder aus irgend einem andern Grund unstatthaft, so ertheilt er ein rejectorisches Decret, gewöhnlich mit der Formel: «daß dem eingewendeten Rechtsmittel nicht zu fügen — nicht zu deferiren — nicht Statt zu geben, sey.» Gegen dieses rejectorische Decret kann man abermals ein Rechtsmittel einlegen, mit der Beschwerde: «weil dem Rechtsmittel nicht deferirt worden sey.» Oelze, §. 503. Das Decret, wodurch das Gericht das Rechtsmittel gestattet, oder es rejicirt, führt den Namen Relevanz-Decret. Die im Lehrbuch erwähnte Aussetzung des Erkenntnisses über die gebetene Restitution, hat ihren Grund darin, weil, wenn die Beschwerden unerheblich sind, auch keine *laesio* des Imploranten vorhanden seyn kann, und also, wenn auch eine *causa* legalis restitutionis (z. B. absentia) wirklich vorhanden wäre, die Restitution dennoch eine nutzlose Verfügung seyn würde. Leyser,

spec. 64. med. 9. Anleitung zur gerichtl. Praxis, §. 19. Note 48. S. 72.

§. 269.

Eine zweckiche Ordnung der Rechtfertigungsschrift ist folgende:

1. Rechtfertigung der Formalien — i. e. actenmäßige Nachweisung, daß man das Rechtsmittel zur gesetzlichen Zeit eingewendet habe, und daß man jetzt, zur gehörigen Zeit, mit der Rechtfertigung hervortrete. Im Falle eines Versäumnisses bittet man um Restitution: nnter dem Anführen, und wo möglich mit sofortiger Bescheinigung, der causa restituendi: allenfalls durch das Anerbieten einer eidlichen Bestärkung der Wahrheit jener angegebenen entschuldbaren Ursache des Versäumnisses. Dann

2. der Vortrag der Materialien, d. h.

a. die Aufstellung der einzelnen Beschwerden, insofern man solche nicht in der Einwendungsschrift §. 267. bereits aufgestellt hat. Ist Letzteres geschehen, so bezieht man sich darauf, allenfalls mit kurzer Wiederholung. Demnächst

b. die Rechtfertigung der Beschwerden (*deductio* seu *justificatio* gravaminum), d. h. der Vortrag der factischen und Rechts-Gründe, warum die Beschwerde, den Rechten nach, wirklich eine solche sey: — vermöge welcher Rechtsprincipien das angefochtene Erkenntniß, in diesem Puncte, dem Willen der Gesetze nicht entspreche. Jedes der gravamina rechtfertigt man einzeln, der Reihe nach: wofern sie nicht connex sind. Hat man in der Einwendungsschrift die Rechtfertigung anticipirt, §. 267., so kann man sich wiederholend und ergänzend darauf zurückbeziehen. Nach beendigter Rechtfertigung aller Beschwerden folgt

3. das Proceßgesuch,

a. dahin: das Rechtsmittel zu gestatten (es anzunehmen, ihm zu fügen, zu deferiren), insofern nämlich der Richter Dieses, in dem Decret auf die Einwendungsschrift, noch nicht ausgesprochen hat *), und

b. um Dasjenige, was das Gericht, auf die Rechtfertigung, zunächst processualisch verfügen möge, z. B. Mittheilung an den Gegner ꝛc. Endlich

4. das Sachgesuch, d. h. die materielle Bitte: «wohin der Richter, (wenn er die Beschwerden erheblich und gerechtfertigt findet) nunmehr — das angefochtene Erkenntniß reformirend — zum Vortheil des Deducenten, in der Sache selber (in materialibus), erkennen solle.» Zwecklicher ist es, dieses Sachgesuch, am Schlusse der Rechtfertigungsschrift, geschlossen vorzutragen, als stückweise hinter der Rechtfertigung jeder einzelnen Beschwerde Nro. 2. Sollen oder müßen auch nova beigebracht werden, so sind diese in dem Rechtfertigungsgebiet Nro. 2. an der Stelle einzufügen, mit welcher sie im Zusammenhange stehen.

Uebrigens leiden diese allgemeinen Regeln der inneren Ordnung einer Rechtfertigungsschrift häufig einen Abfall. Die der justificatio der Beschwerden, im Appellationsproceß, vorausgehende Introductionsschrift bringt schon eine Verschiedenheit des Proceßgesuches und dergl. hervor §. 277.; und wenn, wie es bei bloßen Suspensivrechtsmitteln nicht selten der Fall ist, schon die Einwendungsschrift die einzelnen Beschwerden und deren

*) Da der Actus des Gestattens von einem Rechtsmittel gerade hauptsächlich den Sinn hat, daß dadurch diese justificatio gravaminum erlaubt wird, so liegt dieses Gestatten ja, implicite, schon in der Anberaumung des Justificationstermins. M.

vorläufige Rechtfertigung, nebst dem Proceß- und Sachgesuch, enthält §. 267., so schließt sich die nähere Rechtfertigung jener Beschwerden wohl auch nur mit einem bloßen Rückbezug auf jene bereits vorgetragenen Gesuche. Vergl. auch Oeltze, §. 304.

§. 270.

Unter Relevanzbescheid versteht man, im Processe, dasjenige Decret, welches der Richter auf die Einwendungs- oder Introductionsschrift, §. 268. und 278. ff., ertheilt *). Danz, §. 436. Grolman, §. 210. f.; keineswegs aber das über die Materialien des Rechtsmittels, nach dessen geschehener Annahme, abändernd oder bestätigend, in der Sache selber absprechende Erkenntniß, welches im Lehrbuch, ganz gegen den gerichtlichen Sprachgebrauch, und auch dem Begriffe nicht angemessen, ein Relevanzbescheid genannt wird. Es erhält vielmehr dasjenige Erkenntniß, welches auf ein, durch das Relevanzdecret (im richtigen Sinn) angenommenes, Rechtsmittel, als Resultat einer nochmaligen Beleuchtung der Materialien, erfolgt, seinen Namen von der Instanz, in welcher diese wiederholte Prüfung geschah: z. B. Appellations-Erkenntniß, Revisions- oder Leuterungs-Erkenntniß, und dergl. Oeltze, §. 315. ff. Rechtsfälle Seite 382. Von diesem Erkenntnisse ist das Lehrbuch zu verstehen. Ein solches Erkenntniß kann nur ausnahmsweise erfolgen, bevor noch der Gegner (Appellat, Revise, Leuterat) gehört worden ist: nämlich

---

*) Da dieses Decret auf das bloß einseitige Gesuch der einen Partei erfolgt — keinen Streitpunct entscheidet — so kann es nicht «Bescheid» genannt werden. Sein Name ist: Relevanzdecret. M.

1. im Falle der Richter die versuchte Rechtfertigung des von ihm angenommenen Rechtsmittels ganz gehaltlos findet, und also das angefochtene Erkenntniß ohne Weiteres bestätigt werden muß. Hier wäre das vorgängige Gehör des ohnehin siegenden Gegners zwecklos. —

2. Wenn ein rescriptum de *emendando* ertheilt werden darf. Zus. zu §. 278. Der bloße Umstand, «daß der Appellant, Revident ꝛc., keine *nova* vorbringt», kann das Gericht noch keineswegs befugen, das angefochtene Erkenntniß, ohne vorgängiges Gehör des Appellaten, Revisen ꝛc., zu dessen Nachtheil, zu reformiren. Soll nun der Gegner (Appellat, Revise ꝛc.), auf des Interponenten deductio gravaminum, gehört werden, so ist ihm dieser Vortrag *ad excipiendum* mitzutheilen: worauf er dann gegen diesen Angriff, wie auf eine Klage, sich zu vertheidigen befugt ist. Danz, §. 414. Er sucht

a. die Formalien des Rechtsmittels anzufechten, und dann

b. die einzelnen Beschwerden als ungegründet darzustellen, und

c. bittet um Confirmation des vorigen Erkenntnisses. Hier ist auch die schickliche Stelle zur accessorischen Adhäsion, wenn deren Bedingungen vorhanden sind. Zus. zu §. 265. Hat der Gegner, erlaubter oder erforderlicher Weise, *nova* vorgebracht §. 263. Nro. 3., so kann, wenn es Thatsachen sind, eine Einlassung hierauf nöthig, aber auch das Aufstellen neuer Gegenbehauptungen (Einreden, Repliken und dergl.) statthaft, werden. Denn überall hat der angegriffene Theil wenigstens ebensoviel Rechte als die angreifende Partei. Oeltze, §. 307. Grolman, §. 22. a.

§. 271.

I. Nach den Gesetzen kann jede, zur freien Disposition über das Streitobject befugte, Partei, schon vor ertheilter Sentenz, auf den Gebrauch der Rechtsmittel, auf Anfechtung der künftigen richterlichen Entscheidung, giltigen Verzicht leisten: d. h. mit dem Gegner das Compromiß eingehen, «die erste Entscheidung des Rechtsstreits solle sogleich als rechtskräftig anerkannt werden.» Von selbst versteht es sich aber, daß ein solcher Verzicht strenge zu erklären ist. Wer also z. B. auf den Gebrauch der Revision verzichtet, kann dennoch Appellation einwenden, und wer auf die ordentlichen Rechtsmittel Verzicht leistet, dem bleibt der Gebrauch der außerordentlichen (die Existenz von deren Bedingungen vorausgesetzt!) dennoch offen; ja, hätte Jemand allgemeinhin auf alle Rechtsmittel verzichtet, so ist Solches, im Zweifel, von den ordentlichen Rechtsmitteln zu verstehen: da man diese, in dem Sprachgebrauch, gleichsam ausschließlich die Rechtsmittel nennt, Nichtigkeitsklagen und Restitution hingegen, mit diesen ihren Namen, speciell benennt, oder doch das «außerordentlich» hinzufügt. Vergl. auch Cap. 5. X. 1. 9. L. 99. D. 45. 1. Irrig wollen Manche jenem Verzicht gar keine Wirkung beilegen: weil man auf ungewisse Dinge nicht Verzicht leisten, und insonderheit die möglichen Fälle, wie wohl das Gericht erkennen werde, zum Voraus gar nicht berechnen, könne. Allein, abgesehen davon, daß jenes Princip unrichtig ist, da es auch einen erlaubten contractus aleae und dergl. gibt, ist ja das gewisse Ziel des Processes Verurtheilung oder Entbindung des Beklagten, ganz oder zum Theil. Vergl. Engelbrecht und Mehlen, l. c. Seyferth, im deutschen Reichsprocesse S. 478. Mevius, P. III. decis. 198.

II. Ist auch das Rechtsmittel in der ersten Nothfrist der zehn Tage §. 267. eingewendet, wird aber in den folgenden Präclusivfristen, z. B. der Introduction §. 277., und der Rechtfertigung §. 269., nicht fortgesetzt, oder wird sonst ein positiv wesentliches Formale versäumt, z. B. §. 175. f., so ist das Rechtsmittel selber versäumt — desert —; und nur eine restitutio in integrum contra lapsum fatalium (das Daseyn ihrer Erfordernisse vorausgesetzt!) kann zur Befugniß der Fortsetzung zurückführen. Sie wird jedoch leichter ertheilt als die gegen das Versäumniß an der Einwendung des Rechtsmittels — contra *rem judicatam*. §. 285.

III. Der ein materiell ungerechtes Erkenntniß publicirende Richter kann solches, ohne Einwendung eines Rechtsmittels von einer Partei, ohne dessen Annahme, und ohne Gehör der Gegenpartei, nicht selber wieder abändern: sollte er sich auch nachher überzeugen, er habe nicht materiell gerecht gesprochen, zu viel oder zu wenig zuerkannt und dergl. Denn sind die Parteien zufrieden mit seinem Erkenntnisse, so kann er ihnen etwas Anderes nicht aufdringen: — auch hier herrscht das Princip: ohne Kläger kein Richter; und das verbessernde Erkenntniß ist sogar nichtig. L. 41. et 55. Dig. 42. 1. L. 1. Cod. 7. 50. Wird aber ein bloßes Suspensivrechtsmittel eingewendet, und ist der Revise und dergl. dagegen legal gehört, so kann der Richter sein eigenes Erkenntniß reformiren, §. 282. Ebenso kann er die gebetene Restitution contra *suam* sententiam ertheilen. L. 42. Dig. 4. 4. Ausnahmsweise ist ihm jedoch

1. eine Abänderung aus eigenem Antrieb insofern erlaubt, als er eine interlocutio *mera* zurückziehen und verbessern will. Auch darf er

2. wirkliche Dunkelheiten seines Erkenntnisses unaufgefordert erklären, L. 46. Dig. 42. 2., und

3. der römische Prätor war befugt, in der nämlichen Gerichtssitzung (eodem die), die Folgen der, in der Hauptsache, verurtheilenden oder entbindenden Definitivsentenz (wahrscheinlich wie solche der judex pedaneus, in Rücksicht auf die prätorische Instruction, ausgesprochen hatte), hinzuzufügen. Dieses aber ist auf unsere Gerichtsverfassung, nach welcher der Richter Prätor und judex pedaneus zugleich ist, wohl ebensowenig anwendbar, als sich

4. ein Gesetz dafür findet: «Rechnungsfehler könne der Richter ex officio verbessern», Danz, §. 418. Das auf einen im Urtheil selber ausgesprochenen Rechnungsfehler gegründete Urtheil ist nichtig, L. 1. §. 8. Dig. 49. 8.; allein auch das Anerkennen und Erhalten nichtiger Erkenntnisse hängt von dem freien Willen der Parteien ab; und der Richter kann ein solches anfechtbares Erkenntniß, ohne Anruf einer Partei, nicht zurückziehen, um ein Besseres an dessen Stelle zu setzen. L. 55. in fine. Dig. 42. 1.

IV. Nur höchst selten wird es sich ereignen, daß der Appellat, Revise und dergl., des Gegners Appellation oder Revision selber als gerecht anerkenne, und hierdurch dem Rechtsmittel ein Ende mache. Möglich aber ist es allerdings.

V. Wird der ein Rechtsmittel einlegende und hierauf, pendente lite, versterbende streitende Theil vom Fiscus beerbt, so kann dieser Erbnehmer jenes Rechtsmittel nicht fortsetzen, sondern das angefochtene Erkenntniß ist, vermöge gesetzlicher Ungunst gegen den lucrirenden Fiscus, zum Besten des Gegners (Appellaten, Revisen und dergl.), für rechtskräftig zu achten.

§. 272. 273. 274.

A. Von dem Zweck der Stufengerichte im Subordinationsverhältniß *) (Untergericht, Obergericht, oberstes Gericht), unter mancherlei Benennungen, — sowie von dem regelmäßigen Instanzenzug — ferner von dem Devolutiv-Effect der Appellation, Berufung — (bei den Römern auch provocatio genannt) — deßgleichen von dem (landesgesetzlich), zur Statthaftigkeit der Appellation, erforderlichen Werth der Beschwerde (summa appellabilis), siehe Zusatz zu §. 41. lit. C. §. 64. Nro. I. §. 264. und §. 266. Nro. VII. In manchen Ländern bezeichnet *provocatio* die Appellation in summarischen Sachen, mit abgekürzten Formalitäten; und Recurs ist mit Appellation oder Provocation häufig gleichbedeutend. Vergleiche auch Thibaut, P. R. §. 1241.

B. Unter der außergerichtlichen Appellation versteht man

1. die in processualischen Extrajudicialsachen eingelegte Appellation: besonders gegen meras interlocutiones §. 103. Einer richtigen Theorie nach ist eine solche Appellation weder zulässig §. 266., noch verdient sie den usurpirten Namen. Gönner, Handbuch, Thl. 3. Abh. 68. Ebenso

2. die Appellation in Sachen der willkührlichen Gerichtsbarkeit (z. B. der Unterrichter schlägt die Ertheilung eines gebetenen decreti de alienando ab, oder bestätigt einen Contract, gegen dessen Genehmigung ein Dritter protestirt hat und dergl.). Solche Appellationen an die competente Oberbehörde, erfordern, daß der Appellant gleich in der (wie der Buchstabe des Gesetzes will, schrift-

---

*) Sollte heissen: «Vom Zwecke der Stufenfolge im Subordinationsverhältniß der Gerichte.» M.

lichen) Einwendung seine Beschwerden speciell aufzähle. Auch ist es, einer Unbestimmtheit der Gesetze und der Controverse wegen, wenigstens Cautel, das Fatale introductionis, wie bei der Gerichtlichen §. 275., zu beobachten. Erst die Inhibition der Oberbehörde soll den Richter an dem Fortschritt in der Sache verhindern. Danz, §. 424. Landesgesetze geben häufig besondere Vorschriften.

§. 275.

Bei der Appellation sind, gemeinem Rechte nach, fünf besondere Fatalien zu beobachten.

1. Die Einwendung §. 257., innerhalb zehn Tagen, vom Augenblick der Publication des gravirenden Erkenntnisses an. §. 109. 110. 265. Sie kann schriftlich oder mündlich (viva voce) geschehen: — Letzteres auch stante pede, unverwandten Fußes, d. h. auf der Stelle nach der Publication der beschwerenden Sentenz, ohne erst die Gerichtsstube zu verlassen. —

2. Das Gesuch um die Apostel, i. e. ein Attest des judicis a quo, oder respective eines Notars (276.), «daß die Einwendung *intra* obiger zehntägigen Nothfrist Nro. 1. legal geschehen sey.» Apostel bezeichnete ursprünglich einen Bericht, ein Sendschreiben (libelli dimissorii), an das Obergericht. L. un. Dig. 49. 6. Um die Apostel muß innerhalb dreißig Tagen, gerechnet von der Publication Nro. 1. an, nachgesucht werden — und zwar, nach den Gesetzen, *instanter* und *saepius:* i. e. wenn der Unterrichter mit der Ausfertigung zögere, so solle man wiederholt und dringend um Ausfertigung der Apostel anrufen. Daher die sonderbare, in der Praxis nicht mehr beachtete, Meynung, «man müße dreimal bitten: erst *instanter*, dann *instantius*, und endlich *instantissime.*» —

3. Das Gesuch um Einsendung der Acten an den Oberrichter. Dieser Anruf soll geschehen binnen dreißig Tagen, gerechnet von der Einwendung der Appellation an. Bis hierher geht die Richtung der Gesuche an den judex gravans, seu *a quo* (appellatur). Dann aber folgt

4. die Introduction, Einführung, der Appellation, bei dem Obergericht, §. 276. a. E. und §. 277. Nach dieser endlich

5. die *justificatio* appellationis, seu *deductio gravaminum*, die Rechtfertigung der Beschwerden vor dem Obergericht, §. 277.

Alles Dieses kann einzeln geschehen. Wenn man jedoch

a. die Appellation vor einem Notar einwendet, so pflegt man Nro. 1. und 2. zu vereinigen; und interponirt man sie

b. gerichtlich, bei dem gravirenden Richter, so werden die drei Gesuche Nro. 1. 2. und 3. zwecklich vereinigt: — z. B. « die Appellation zu gestatten, die Apostel zu ertheilen, und die Acten an das Obergericht einzusenden. » So können auch

c. die introductio Nro. 4. und die justificatio Nro. 5. vor dem Obergericht, vereinigt — auf ein Mal — in einer Schrift zusammen — vorgetragen werden, §. 177.

§. 276.

A. Die von einem Notar, über die vor ihm geschehene Einwendung der Appellation, ertheilten Apostel werden deßhalb *testimoniales* genannt, weil sie ein bloßes *testimonium interpositionis* enthalten. Ein Muster siehe in meinen gedruckten Acten. Beilage Nro. XXX.

B. Auch der judex a quo kann zwar die Appellation nicht gänzlich verhindern, indem er über den Devolu-

tiv-Effect gar nicht verfügen kann; allein sein Amt und seine Richtergewalt reicht weiter als die Befugniß eines Notars; und daher mehrere Arten seiner Apostel! Man nennt diese:

1. Reverential-Apostel, wenn er, in solchen, nur soviel äußert: «es sey die Appellation aus Ehrfurcht gegen das Obergericht (in honorem judicis superioris) zu gestatten», ohne weiter, über ihren Grund oder Ungrund, etwas Urtheilendes oder Begutachtendes hinzuzufügen;

2. *dimissoriales*, wenn er selber dem Appellanten beistimmt, und in dem Zeugnisse erklärt: «die Appellation sey nicht grundlos, der Appellant habe Ursache, durch das angefochtene Erkenntniß sich beschwert zu finden»;

3. *refutatorii*, verwerfende Apostel, wenn er, in dem Einwendungszeugnisse, die Appellation für unbegründet und verwerflich erklärt. Gegen solche Apostel abermals Appellation einzuwenden, ist zwecklos: denn sie hindern die Devolutivkraft nicht; man kann dennoch die Appellation vor dem Oberrichter einführen, §. 277., weil hierzu die in jenen refutatorischen Aposteln geschehene Bezeugung der Einwendung, und des Anrufs um Apostel, hinreicht, und weil die Prüfung, ob die Appellation von dem judex ad quem anzunehmen sey, sowie die Prüfung des Materials, doch nur Gegenstand der oberrichterlichen Thätigkeit bleibt. Im Falle aber der Unterrichter, auf die eingewendete Appellation, dieser, durch ein Decret, die Suspensivkraft abschlägt, so tritt Dieses aus dem Gebiete der Apostel heraus, ist mehr als refutatorisch. Gegen ein solches Abschlagsdecret ist allerdings eine Appellation zwecklich und erlaubt, wofern nämlich keine gesetzlichen Gründe vorhanden sind, den Suspensiveffect abzuschlagen.

Sind aber diese wirklich vorhanden §. 265., so ist die wiederholte Appellations-Einwendung abermals zwecklos: indem der Unterrichter dadurch nicht gezwungen werden kann, vom Gesetze abzuweichen. Vergl. Danz, §. 429. Grolman, §. 213. ff.

§. 277.

I. Das römische Recht bestimmt ein ganzes Jahr zur Einführung der Appellation vor dem Oberrichter, Nov. 49. Cap. 1. Das canonische Recht will: « der Unterrichter solle, nach Beschaffenheit der Sache und der Umstände in concreto, dem Appellanten eine Introductionsfrist vorschreiben. S. §. 276. a. E. Landesgesetze bestimmen häufig eine legale Introductionsfrist. Auf jeden Fall wird sie als ein Fatale secundum quid, wenigstens als eine Präclusivfrist, betrachtet: so daß ihr Versäumniß die Desertion der eingewendeten Appellation zur Folge hat.

Die dem Oberrichter — judex ad quem — zu überreichende Einführungsschrift bezweckt:

a. denselben mit dem Inhalt der Untergerichtsacten so weit bekannt zu machen, als es zum Zweck der eingewendeten Appellation, besonders zur Verständlichkeit der Beschwerden, erforderlich ist; dabei

b. ihm diese Beschwerden gegen die angefochtene Sentenz des Unterrichters (contra sententiam a qua) speciell vorzutragen, und

c. um Gestattung nochmaligen Gehörs und um oberrichterliche Prüfung jener Beschwerden zu bitten (um Appellationsprocesse §. 279.). Nach diesen Zwecken muß eine Introductionsschrift enthalten:

1. eine Geschichtserzählung, i. e. den Vortrag derer Thatsachen, woraus der Proceß entstanden ist: in-

sofern nämlich Stoff zu einer solchen species facti sich findet; (Anleitung zur jurist. Praxis, §. 12. f. —)

2. eine Proceßgeschichte, i. e. einen summarischen Extract aus den Acten der Unterinstanz: — von der Klage an, bis zur sententia a qua; (Anleitung zur jurist. Praxis, §. 13.); —

3. das Anführen dieser Sentenz, gewöhnlich mit Anlage einer von dem judicio a quo erhaltenen beglaubten Abschrift derselben —;

4. die Justification der Formalien: — und zwar

a. der innerhalb der zehntägigen Nothfrist geschehenen Einwendung,

b. des Gesuchs um die Apostel, innerhalb des dreißigtägigen Fatale: Beides, unter a. und b., durch die angefügten Apostel bescheinigt; auch

c. daß Appellant um Einsendung der Acten, in der legalen Zeit, gebeten habe; und

d. die Deduction der Zulässigkeit der Appellation, insofern Hindernisse entgegenzustehen scheinen, z. B. wegen der summa appellabilis und dgl. Sollte der Appellant an irgend einem der unter 2. 3. 4. zu §. 275. bezeichneten Fatalien sich versäumt haben, jedoch die Bitte um Restitution zu begründen vermögen, so ist das Gesuch hierum, mit Angabe der *causa* restituendi und deren Bescheinigung, dann an die Stelle der Rechtfertigung zu setzen, wann das Versäumniß offenbar ist; in dem Fall hingegen, eventuell, der versuchten Rechtfertigung hintanzufügen, wann die Desertion im Zweifel liegt. —

5. Die Aufstellung der Beschwerden selber. Es kann jedoch Dieses auch gleich nach dem Anführen der sententia a qua geschehen. Nro. 3. —

6. Das Proceßgesuch, — darauf gerichtet:

a. die Appellation zu gestatten (m. a. W. «Ap-

pellationsprocesse zu erkennen», — «die Rechtssache für devolvirt zu achten»),

b. dem Untergerichte den Fortschritt in der Sache zu untersagen (m. a. W. «*Inhibitoriales* an den judex a quo zu erlassen»),

c. Jenem die Acten abzufordern (m. a. W. «*Compulsoriales* zu erlassen»),

d. eine Frist zur Rechtfertigung zu bestimmen (m. a. W. «einen Justificationstermin anzuberaumen»). —

7. Das gewöhnliche, wiewohl überflüssige, Erbieten zur Beobachtung aller weiteren Feierlichkeiten — si quae sint.

II. Die Rechtfertigungsschrift — Appellationslibell — deductio gravaminum — justificatio *materialium* — bezweckt, den Oberrichter von dem Grunde der aufgestellten Beschwerden (Nro. I. 5.), aus Rechtsgründen, zu überzeugen. Es muß also der Appellant,

1. auf jede einzelne (mit einer Anderen nicht connexe), in der Introductionsschrift aufgestellte, Beschwerde sich zurückbeziehend, diese aus den Acten und Rechten zu rechtfertigen, d. h. juristisch zu zeigen, suchen, «es hätte nicht so, wie der Unterrichter erkannt hat, erkannt werden sollen; sondern etwas Anderes, zum Vortheil des Appellanten.» Will Dieser *nova* vorbringen §. 281., so ist deren Stelle hier, in diesem Gebiete. —

2. Er muß ferner das Hauptgesuch — Sachgesuch — hinzufügen: entweder unmittelbar hinter jeder einzelnen gerechtfertigten Beschwerde, oder collectiv, am Ende der Rechtfertigung aller Beschwerden. Dieses Gesuch bittet bestimmt, wie der Appellant, in materia causae, reformatorisch, abändernd, verbessernd, erkannt wissen will. Unrichtig wird Solches, im Lehrbuch §. 266. und §. 277., das Proceßgesuch genannt.

Bemerk. A. Wird die Schrift unter I. als ein besonderes Exhibitum überreicht, und der Oberrichter findet die Appellation nicht offenbar versäumt, oder unstatthaft, oder unerheblich, so bestimmt derselbe, in Ermangelung gesetzlicher Vorschrift, eine Frist, oder eine Tagfarth, zum Vollzug der Rechtfertigung: in welchem Falle alsdann die Schrift unter II., ebenfalls als ein besonderes Exhibitum, zu den Acten überreicht wird. Dabei bezieht sich der Appellant auf die eingereichte Introductionsschrift, die hierin gerechtfertigten Formalien, und auf die einzelnen dort aufgestellten Beschwerden, zurück, und verfährt so, wie sub II. 1. und 2. erwähnt wurde. Auch diese ad justificandum bestimmte Frist ist peremtorisch. — Versäumniß hat Desertion des introducirten Rechtsmittels zur Folge. Häufig aber wird die Introduction und Rechtfertigung der Appellation in einem Exhibitum vorgetragen. In diesem Falle kann der Appellant, nach Aufstellung der Beschwerden (Nro. I. 5.), diese sofort rechtfertigen (Nro. II. 1.), und, am Ende des Ganzen, das Proceßgesuch (Nro. I. 6.) dem Hauptgesuche (Nro. II. 2.) unmittelbar vorangehen lassen — sowie in einer Klage auf das Proceßgesuch das Sachgesuch folgt. Danz, §. 433.

B. Nach manchen Landesgesetzen muß der Appellant eine beglaubte Abschrift der untergerichtlichen Acten an das Appellationsgericht, als Anlage der Introductionsschrift, einsenden, und dann entsteht ein im Lehrbuche §. 279. erwähntes weiteres Fatale — als eine processualische Schändlichkeit der Gesetzgebung.

§. 278. 279.

Die Verfügungen des Oberrichters auf die introducirte und justificirte Appellation, sind nicht gleichförmig. Im Falle nämlich

I. die Introduction besonders geschieht (§. 277. Bemerk. A.) und

1. das Gericht sie versäumt findet, oder offenbar unstatthaft, oder irrelevant, so folgt ein rejectorisches Decret — ein rejectorischer Relevanzbescheid *), — abschlägliches Relevanzdecret — ohne Gehör des Appellaten §. 268.

2. Wäre zwar ein Fatale versäumt, jedoch aus erheblichen Gründen um Restitution gebeten, und die Appellation an sich nicht unzuläßig, oder irrelevant rc., so bestimmt das Gericht den Termin zur Rechtfertigung. — Ist diese überreicht, und

a. die aufgestellten gravamina erscheinen nicht gerechtfertigt, so erfolgt auch jetzt, ohne vorgängiges Gehör des Appellaten, ein abschlägliches Relevanzdecret; das Restitutionsgesuch aber erledigt sich, wegen des Mangels einer laesio, von selber, §. 268. a. E. Sind

b. die an sich erheblichen gravamina auch insoweit gerechtfertigt, daß sie einer näheren Prüfung werth erscheinen (daß juristische Zweifel an der Rechtlichkeit der sententia a qua entstehen), so ertheilt das Gericht ein beifälliges, annehmendes, Relevanzdecret, in dem Sinne, wie es im Zusatze zu §. 270. bestimmt wurde: m. a. W. «es werden Appellationsprocesse erkannt.» Ueber die gebetene Restitution wird, in diesem Decret, bisweilen sofort beifällig, i. e. sie ertheilend, miterkannt; bisweilen wird dieser Punct weiter, bis zum Erkenntniß in der Hauptsache, ausgesetzt.

Wenn hingegen

II. die Justification mit der Introduction vereinigt war (§. 277. Bem. A.), so ist das Obergericht in den

---

*) Vergl. meine Note * zu §. 270. M.

Stand gesetzt [1]), sofort über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Appellation, und über den Grund oder Ungrund ihrer Beschwerden, zu urtheilen, und kann sie also, je nach dem Resultat dieser Prüfung, entweder verwerfen, oder annehmen: — Appellationsprocesse abschlagen oder erkennen. Diese sind

a. vollständig, im Falle wenn Inhibitoriales, an den Unterrichter, erlassen werden, und zugleich ein Verfahren in der Oberinstanz decretirt wird;

b. unvollständig aber, wenn der Oberrichter zwar Inhibitoriales und Compulsoriales, wohl auch nur Letztere, an den Unterrichter erläßt: jedoch nur, um erst die Originalacten einzusehen, und dann weiter zu resolviren, ob ein Verfahren vor der Oberinstanz gestattet seyn solle, oder ob sofort in der Sache zu erkennen sey.

Wenn ferner

III. der Oberrichter, entweder aus den der Introductions- und Rechtfertigungsschrift beigelegten Actenstücken, oder aus den vom Unterrichter eingesendeten Originalacten, den vollen Grund der Beschwerden, und mithin die Nichtgesetzlichkeit der sententia a qua, klar ersieht, so ist er zu einer *ordinatio* berechtigt — hier «*Rescriptum*» [2]) genannt. Ordinationen, im allgemeinen Sinne, nennt man alle oberrichterliche Verfügungen, die, auf Anrufen einer Partei, ohne erst den Gegner zu hören, zu dem Zweck erlassen werden, daß der Unterrichter, ohne processualische Weitläufigkeit, seine Verfügung nach dem oberrichterlichen Willen einrichten, oder

---

1) Dies ist cum grano salis zu verstehen: denn noch hat ja der Oberrichter die Acten des judex a quo nicht in der Hand. M.

2) «rescriptum de emendando»! M.

respective abändern, solle. Als Ausnahmen von der Regel erfordern dieselben, besonders insofern sie decidiren, Klarheit des Rechts des anrufenden Theils, oder eine offenbar vorliegende, noch nicht rechtskräftige, oder der Rechtskraft unfähige, Illegalität des Unterrichters. Haben sie diese Basis, so werden sie, als decidirend, auch der Rechtskraft für fähig geachtet; und wenn also der Impetrat durch eine solche ordinatio sich beschwert findet, so muß er ein förmliches Rechtsmittel, unter Beobachtung der Fatalien, dagegen einlegen. Diese Rechtskraft rechtfertigt sich dadurch, daß der Impetrat, in der Unterinstanz, über den jetzt zu seinem Nachtheil entschiedenen Streitpunct bereits vollkommen gehört worden ist, und also ein nochmaliges Gehör über eine offenbare Rechtswidrigkeit als eine vergebliche Handlung und unnöthige Proceßerweiterung sich ansehen läßt. Streng theoretisch könnte freilich noch mancher Zweifel hiergegen aufgeregt werden: hergenommen von den Grundbedingungen der Verurtheilung und Rechtskraft (vergl. §. 107. und Handb. S. 40. Nro. 4.). Man muß daher jenen Rescripten keinen zu großen Spielraum vergönnen, und im Zweifel, bei dem Mangel voller Klarheit, sie für unzulässig und der Rechtskraft unfähig erachten.

Das rescriptum de emendando ist ein Mandat an den Unterrichter, «er solle sein voriges Erkenntniß so ändern, wie die ordinatio es vorschreibt.» Die Acten gehen also an das Untergericht zurück, und hier wird der Proceß weiter verhandelt.

Bemerk. Das am Ende des §. 279. erwähnte falsch benannte Relevanz-Erkenntniß ist das, nach beendigter Appellationsinstanz, in der Sache selber erfolgende Appellations-Erkenntniß. Zus. zu §. 170. §. 178. und 179. Rechtsfall Nro. 120. S. 382, Note *.

§. 280.

1. Auch gegen das in der Appellationsinstanz erfolgende Erkenntniß kann ein Rechtsmittel Platz greifen: z. B. Appellation an das Oberappellationsgericht (Note o. zu §. 273.), auch Revision, und dieser gleichstehende bloße Suspensivrechtsmittel (§. 282.); sowie auch hier die außerordentlichen Rechtsmittel nicht ausgeschlossen sind. §. 284. ff.

2. Das rescriptum de emendando führt die Sache an das Untergericht zurück, §. 289. Bei jeder anderen abändernden Entscheidung des Obergerichts hingegen ist es Regel, daß die Acten in der Oberinstanz behalten, und die Verhandlungen hier fortgesetzt, werden. Cap. 59. et 61. X. 2. 28. Böhmer, in princ. jur. can. §. 841.: weil die Folgen des reformatorischen Erkenntnisses von dem Richter sich am besten exécutiren lassen, welcher reformirt hat. Doch kann der Oberrichter die Acten auch in jenem Falle remittiren, Cap. 5. in 6to. 2. 25.; und die Zurücksendung entspricht vorzüglich dann dem Rechte der ersten Instanz*), wann die Reformatoria nicht die Hauptstreitfrage zum Gegenstand hatte. Gönner, l. c. §. 34. und 35.

§. 281.

1. Den Devolutiv-Effect der Appellation kann der Unterrichter nicht tilgen, Grolman, §. 215.; und daher das Princip: «jene Wirkung könne von der Appellation nie getrennt werden: gesetzt auch, das Rechtsmittel sey verwerflich.» Denn die Frage: «ob die Appellation anzunehmen sey, oder nicht?» ist Sache

---

*) d. h. dem Rechte der Parteien, daß in Bezug auf keinerlei Abschnitt des Processes ihnen die Wohlthat entzogen werde, zuerst vor dem untersten Gerichte zu verhandeln.

M.

des Oberrichters; wenngleich der Unterrichter in denen Fällen, wo die Gesetze die Appellation schlechthin ausschließen oder ihr den Suspensiveffect entziehen, mit der Execution seines angefochtenen Erkenntnisses voranschreiten darf, bis eine oberrichterliche Inhibition ihm die Hände bindet. §. 265.

2. Jedes Rechtsmittel, folglich auch die Appellation, beschränkt sich auf die Beschwerden: — nur über diese soll der Oberrichter erkennen, §. 55. und §. 265.

3. Ein der Appellation ganz eigenes Princip ist: «sie hat eine rescissorische Kraft.» Die gewöhnliche Lehre erklärt dies dahin: «sey die Appellation gestattet, so werde der ganze Rechtsstreit in die Lage zurückgesetzt, in welcher er sich *tempore litis contestationis* befunden habe; und folglich könne der Appellant nicht nur nova facta vortragen (neue Einreden, Repliken, Dupliken und dergl.), sondern auch neue Beweisführungen unternehmen. Man nennt Solches das privilegium, seu beneficium, *nondum deducta deducendi* et *nondum probata probandi.* Der römische übel geordnete Proceß fand Dieses zuträglich: denn für den Vortrag der peremtorischen Einreden &c. gab es keine fixe Stelle, und noch weniger gab es einen peremtorischen Beweistermin. In der Appellationsinstanz durfte daher Alles noch vor- und nachgetragen werden, was eine Abänderung der sententia a qua begründen konnte: mochte es nun in der vorigen Instanz bereits zur Sprache gekommen seyn, oder nicht. Ebenso mit neuen Beweisen! L. 6. et 37. in f. Cod. 7. 62. (Deocl. et Max.). Allein es stellt doch Justinian selber L. 4. Cod. 7. 63. deutlich das bessere Princip auf: «die novae *assertiones* und *exceptiones* dürften nicht *ad novum capitulum* gehören, sondern müßten aus denen

entspringen, und mit denjenigen connex seyn, quae apud anteriorem judicem *noscuntur propositae:* nur mit Ausnahme neu aufgefundener zweckdienlicher Thatsachen und Beweismittel.» Das canonische Recht kennt zwar das letztere allgemeine Princip, nämlich: «daß noviter emergentia et reperta nie als versäumt angesehen werden können», Cap. 4. X. de except. 2. 25., erwähnt aber auch des Verbots eines neuen Zeugenbeweises, in der Appellationsinstanz, über die nämliche Thatsache, worüber Zeugen schon verhört, ihre Aussagen auch eröffnet, sind. Clem. 2. de test. 2. 8., und Clem. 5. de appell. 2. 12. sprechen nur von Appellationen gegen bloße Interlocute: so daß das römische Recht hier keine Abänderung findet. Gewiß aber soll die L. 4. Cod. all. nur soviel sagen: zur Unterstützung des, im ersten Verfahren, bereits aufgestellten Grundes der Klage, Einrede rc. dürfen neue adminiculirende Thatsachen in der Appellationsinstanz vorgebracht und erwiesen werden; nicht aber dürfen die Parteien mit neuen Angriffsbehauptungen hervortreten: — nicht mit einem neuen factischen Grund der Klage, Einrede rc. Grolman, §. 214. Gönner, l. c. Abh. 60. Danz, §. 427. Das Aufstellen eines neuen Klaggrundes untersagen die Reichsgesetze ausdrücklich, K. G. O. v. J. 1555. Thl. 3. Tit. 33. §. 5.; und die noviter emergentia et reperta behalten auf jeden Fall ihr eigenes Recht; aber der Reichsabschied v. 1654, obgleich dieses Gesetz die Abkürzung der Appellationen bezweckte, gab doch, durch den §. 118. vorgeschriebenen Gefährdeeid, durch dessen Worte: «oder dieselbe damalen rc. — dienlich sey», Veranlassung zur Fortdauer und Verschlimmerung der Zweifel: besonders da jenes Gesetz §. 37. f. alle Einreden auf ein Mal vorgetragen wissen will. Ein peremtorischer Beweistermin bringt große Veränderung in dem Gebiete jenes leidigen Privi-

legiums hervor. Die sächsische Gesetzgebung hat jenes schädliche, schon von ältern Rechtsgelehrten gemißbilligte, Privilegium des Appellanten weise gänzlich aufgehoben, und gestattet nur, Dasjenige, was *noviter* emergirt, oder neu entdeckt wird, als Novum in der Appellationsinstanz mitzubenützen, sowie Solches in jeder Lage des noch nicht rechtskräftig entschiedenen Processes nachgebracht und erwiesen werden kann. Schaumburg, in pr. prax. jud. L. 1. S. 2. Cap. 2. §. 11. not. ****. Hommel, obs. 762. Carpzow, in proc. prax. Tit. 17. Art. 1. nr. 78. seqq.

4. Das canonische Recht enthält im c. 6. und 28. X. de appell. (2. 28.) das Princip: «judex in uno gravans in altero non praesumitur aequior», und erlaubt daher dem Appellanten, falls Solcher nachher, von dem Appellaten, in einer andern Sache, vor dem gravirenden Richter, belangt werde, sich zu weigern, vor diesem Richter Recht zu nehmen: folglich, ihn zu perhorresciren, §. 57. Mevius, P. I. dec. 26. et P. II. dec. 63. Hingegen das römische Recht verbietet jene Quasiperhorrescenz, aus dem vernünftigen, von der Praxis aufgenommenen, Grund: «cum possit *denuo* provocare.» Will also der Appellant perhorresciren, so muß er den regulären Weg (§. 57.) einschlagen.

5. Wegen der Prävention siehe den Zus. zu §. 63.

6. Darf der Appellant *nova*, als Angriffsmittel, vorbringen und beweisen (Nro. 3.), so muß es noch mehr dem angegriffenen Appellaten gestattet seyn, nova, als Vertheidigungsmittel, entgegenzusetzen und zu beweisen, L. 41. et 125. Dig. 50. 17.; und auch insofern wird die Appellation ein gemeinschaftliches Rechtsmittel genannt, wie §. 265. in Ansehung der Adhäsion des Appellaten. Nova zur Vertheidigung kann dieser,

der Natur der Sache nach, nicht eher vortragen, als bis der appellator in judicium venerit *et causas appellationis suae proposuerit.* L. cit. 39. Cod. 7. 62. Vergleiche den Zus. zu §. 265. Nro. 3.

7. In der Instanz der Rechtsmittel wird der in der vorigen Instanz verhandelte Proceß nur fortgesetzt; und wenngleich dem Verfahren über das Rechtsmittel die Natur einer Incidentfrage sich beimischt (§. 127. und 263.), so ist doch, wenn das Rechtsmittel die Hauptsache betrifft, Dieses mit dem Verfahren über Incidentpuncte keineswegs zu verwechseln, und also das Princip nicht aufzustellen: «in der Instanz der Rechtsmittel müße summarisch verfahren werden.» Es ist vielmehr auch in der Appellationsinstanz nach den Grundsätzen des ordentlichen Processes zu verfahren, wenn das Verfahren der vorigen Instanz dem feierlichen Proceß angehörte. Die gesetzliche Zahl der Wechselschriften ist also auch hier zu beobachten; und es gehört dem Appellaten das letzte Wort. Man findet jedoch nicht selten Abkürzungen, insofern nur Wiederholungen zu erwarten stünden. Werden in der Appellationsinstanz nova *), d. h. neue factische Behauptungen, erlaubterweise vorgebracht, so muß der Gegner hierauf ebenso antworten, wie er in dem ersten Verfahren auf die Klage, und respective auf peremtorische Einreden, zu antworten (§. 153. f.) verbunden war. Gönner, l. c. Abh. 60. §. 27. Oelze, §. 807.

8. Das im Lehrbuche unter lit. D. erwähnte Relevanzerkenntniß soll abermals das Appellationserkenntniß

*) Sollte heissen: solche nova, die in neuen fundamentis excipiendi, replicandi etc., bestehen. — Bestehen die nova in neuen Beweismitteln, so ist auch in Beziehung auf diese dem Gegner das volle rechtliche Gehör zu verstatten und der Gegenbeweis freizustellen. M.

über die materielle Streitfrage, sententiam reformatoriam vel confirmatoriam, bezeichnen. Rechtsf. Seite 382.

§. 282.

Das deutsch-gemeinrechtliche bloß suspensive Rechtsmittel ist die Revision — gleichviel mit der altdeutschen Leuterung. Die Revision ist aus zwei Gesichtspuncten zu betrachten:

1. Eines Theils als Surrogat der Appellation: und zwar

a. in nicht appellabeln Sachen, oder

b. wenn eine dritte höhere Instanz, an die, in einer appellabeln Sache, appellirt werden könnte, nicht vorhanden ist. In diesem Falle 1. a. und b. nennt man sie subsidiarisch, i. e. in subsidium, in locum appellationis, gestattet; und dann gilt in ihrem Verfahren, gemeinem Rechte nach, auch das privilegium nondum deducta deducendi rel. §. 281., wie bei der Appellation. Surrogatum sapit naturam ejus, in cujus locum surrogatur. Grolman, §. 216.

2. Anderen Theils bloß als Suspensivrechtsmittel: da gewählt, wo man auch Appellation einlegen könnte, weil hierzu das Object ꝛc. sich qualificirt und auch ein höheres Gericht offen steht. Daß nun, in diesem Falle, die Wahl der Revision einen stillschweigenden Verzicht auf die Appellation, wegen der nämlichen Beschwerde, enthalte: ist nur dann richtig, wann die Sache bereits von dem Untergericht, durch eine Appellation, an das Obergericht gediehen ist, gegen dessen bestätigendes Erkenntniß aber Revision eingelegt wird, obgleich der Revident auch an das vorhandene oberste Gericht hätte appelliren können. Denn in diesem Falle bildet die Revision in der Oberinstanz, das dritte Verfahren über den nämlichen Streitpunct; und fällt nun das

Revisionserkenntniß confirmirend aus, so sind tres conformes vorhanden. Zus. zu §. 109. f. Wird hingegen, ohne vorgängige Appellation, einer Beschwerde wegen, sogleich Revision eingewendet, und deren Resultat ist ein sententia confirmatoria, so steht die Berufung an das nächste Obergericht, der nämlichen Beschwerde wegen, immer noch offen: — nicht aber eine zweite Revision; — und bestätigt jenes Obergericht das Revisionserkenntniß, so fällt die Appellation an das oberste Gericht deßhalb hinweg, weil der Revident über den nämlichen Streitpunct schon dreimal gehört worden ist. Den Zugang zu dem höchsten Gericht hat er sich also durch den Gebrauch eines bloßen Suspensivrechtsmittels abgeschnitten. Da nun ein solches Rechtsmittel bloß die nochmalige richterliche Durchsicht und Erwägung — Leuterung — der bereits verhandelten Acten bezweckt, nicht aber eine rescissorische Kraft hat, so schließt es, jenem Zwecke nach, das privilegium nondum deducta deducendi et nondum probata probandi aus; keineswegs jedoch die Befugniß, noviter emergentia et reperta geltend zu machen. Wegen der Einwendung und Rechtfertigung kommen die allgemeinen Principien §. 267. zur Anwendung. Danz, §. 442. Grolman, §. 417. Oeltze, §. 293. In Sachsen, und auch in manchen außersächsischen Provinzen, steht die Leuterung noch an der Stelle der Revision, Oeltze, §. 294. f.; in Hannover die Supplication; in Mecklenburg eine sogenannte Restitution 2c. Vergl. §. 294. und §. 185.

Bei allen diesen bloßen Suspensivrechtsmitteln, sie mögen den Namen Revision oder einen Andern führen, gilt das Hauptprincip: «wenn dasselbe eingewendet, hierauf aber das vorige Erkenntniß bestätigt, wurde, so kann es, des nämlichen Streitpunctes — der nämlichen Beschwerde — wegen, nicht nochmals eingewendet wer-

den.» (Revisio revisionis — leuteratio leuterationis etc. — non datur). Man muß also ein anderes Rechtsmittel zur Hand nehmen, wenn deren Eines noch übrig ist. Anders bei der Appellation! Denn ist ein Obergericht und — diesem vorgesetzt — ein oberstes Gericht vorhanden, so kann, der nämlichen Beschwerde wegen, nochmals appellirt werden, hat nicht die Wahl eines bloßen Suspensivrechtsmittels jene Oberappellation abgeschnitten. Und im Falle der Rechtsstreit unmittelbar vor einem Obergericht anhängig wurde §. 53. f., so gestattet man auch eine Wiederholung des nämlichen Rechtsmittels, um die dritte Instanz, das dreimalige Gehör, sicher zu stellen. Daher Oberrevision, Oberleuterung und dgl.! Uebrigens findet, gemeinem Rechte nach, nach der Einwendung eines bloß suspensiven Rechtsmittels, und nach dem hierüber beendigten Verfahren, der Regel nach, die Actenversendung an ein Spruchcollegium Statt: weil sonst der nämliche Richter nochmals, folglich über die Statthaftigkeit seines eigenen Erkenntnisses, sprechen müßte. Ebendaher darf auch der Richter die Actenversendung, in diesem Falle, nicht abschlagen; und aus diesem Grunde findet man bei der Einwendung solcher Rechtsmittel die transmissio actorum häufig als Zusatz erwähnt, gleichsam als sey sie ein Theil des Rechtsmittels selber. Vergl. Gönner, Handb. Bd. 1. Abh. 4. Danz, §. 442. Sowie, in den Bundeslanden, die Stufenfolge der Instanzen fester regulirt, und der Begriff eines obersten Gerichts von dem eines bloßen Spruchcollegiums schärfer gesondert, seyn und werden wird, wird auch der Gebrauch der bloßen Suspensivrechtsmittel, zum Heil der Justizpflege, sich auflösen oder mindern; und sowie gleich in der ersten Instanz Gelegenheit zum vollen Gehör beider streitenden Theile dargeboten, dieses aber an legal bestimmte Stellen im Proceßgange gefesselt, ist,

wird auch der leidige Unfug verschwinden, welchen die nova, in der Instanz der Rechtsmittel, veranlassen, insofern dieselben über die Gränze der noviter emergentium et repertorum ausgedehnt werden. Je erschöpfender, geregelter und fester, eine Rechtssache in der ersten Instanz instruirt und verhandelt ist, desto kürzer wird das Verfahren in den höheren Instanzen seyn, ohne alle Gefahr für die Vollständigkeit des rechtlichen Gehörs.

§. 283. 284.

I. Wollte die Gesetzgebung vorschreiben, «jedes richterliche Erkenntniß solle nichtig seyn, welches dem positiven Recht nicht scharf entspricht»: — so würde die Mehrzahl der Erkenntnisse als nichtig sich anfechten lassen, und die mehrsten Processe würden, durch Wiederholungen und neue Anfechtungen, unendlich werden. Denn der Richter kann irren,

a. in der Anwendung der Rechtstheorie auf das vorliegende Factum;

b. in der Reflexion, ob dieses Factum für juristisch wahr zu halten sey, oder nicht; und

c. in der Procedur selber — in der Anwendung der Proceßregeln. Zur Verhütung eines größeren Uebels wollen die Gesetze mit dem förmlichen Recht (§. 109. f.), als dem Product des Processes, sich begnügen, und constituiren vorzüglich, als dessen Quelle, die Rechtskraft eines Erkenntnisses, als stillschweigenden Vertrag der Parteien *): so daß das durch den Proceßgang gewonnene Recht einem ex pacto erworbenen Rechte gleich steht, die Irrthümer des Richters und dessen Iniquitäten aber — dessen Abweichungen von dem

---

*) Soll heissen: als das Resultat und Object eines stillschweigenden Vertrags d. P. M.

materiellen Recht — durch den stillschweigenden Consens und Verzicht der Parteien geheilt werden. Archiv für die civilist. Praxis, Bd. 1. S. 265 ff. ibi leg. Diese Regel kann jedoch nicht ohne Ausnahmen seyn. Das positive Gesetz muß wenigstens bestimmen: daß, im Falle ein richterliches Erkenntniß sogar wesentliche Bestandtheile des Processes verletze, es die Rechtskraft innerhalb des kurzen Zeitraums von zehn Tagen nicht erlangen, d. h. die Natur und Wirkung eines Gesetzes für die Parteien nicht annehmen, könne, sondern als nichtig betrachtet werden solle. Dieses sagen nun auch viele römische Gesetze in einzelnen Beispielen; allein ein besonderes processualisches Rechtsmittel zum Angriff gegen nichtige Erkenntnisse bezeichnen sie nicht, sondern sie betrachten den verhandelten Proceß, und jenes vom Richter ausgesprochene Resultat, wie jedes andere Rechtsgeschäft, welches, wenn sich ein Mangel an dessen factischen Grundbedingungen und Rechtswesentlichkeiten vorfindet, durch eine querela vel exceptio nullitatis, angriffs- oder vertheidigungsweise, als nichtig angefochten werden konnte. Vergl. auch Klüpfels Abhandl. über einzelne Theile des bürgerlichen Rechts, Abh. VII. Der Regel nach kam wohl nur die exceptio nullitatis zur Anwendung: indem, wer nichtig verurtheilt worden war, ruhig bleiben konnte, bis der Sieger actionem judicati erhob, wo er, der Verurtheilte, dann exceptionem nullitatis entgegensetzte: daher auch die römischen Gesetze, Dig. lib. 49. tit. 8. Cod. lib. 7. tit. 46., immer nur sagen: ist das Erkenntniß null, so bedarf es keiner Appellation dagegen. Allein daraus folgt nicht, daß dem Verurtheilten untersagt gewesen wäre, klagend um Aufhebung des nichtigen Erkenntnisses zu bitten: sowie Dieses z. B. in Ansehung eines testamenti nulli vel injusti geschehen konnte, deßgleichen in Ansehung nichtiger Verträge ꝛc. Das canonische

und das deutsche Recht aber kennen eine besondere Nichtigkeitsklage, querela nullitatis, als Rechtsmittel gegen richterliche Erkenntnisse. Ueber deren Begriff, Gegenstand und Gränze, verwirrte sich jedoch Doctrin und Praxis in solche Irrthümer und Inconsequenzen, daß die Sache ein Gegenstand der Verhandlung auf dem Reichstage wurde. Ein Reichsgutachten vom $^{10}/_{20}$ten December 1653 formte die Regel: «daß Nullitäten, gleich gemeinen Beschwerden gegen Urtheile (i. e. wie die ordentlichen Rechtsmittel), der Nothwendigkeit der Appellation, binnen zehntägiger Frist, unterworfen (d. h. innerhalb von zehn Tagen nach Publication des als nichtig angefochtenen Erkenntnisses eingewendet) werden sollen, jedoch Restitution (vergl. §. 285.) dagegen gestattet sey; und daß nur diejenigen Nichtigkeiten, welche in einem *insanabilis defectus* ex *persona judicis*, aut *partis*, oder ex *substantialibus* processus, bestehen, nach dem gemeinen Recht (i. e. nach den Principien der Verjährung) beurtheilt werden sollen.» Die kaiserliche Ratification erfolgte am $^{13}/_{23}$ten April 1654, veranlaßte aber eine neue Berathschlagung, und am $^{18}/_{28}$ten April 1654 einen Beschluß, dahin: «der Nullitäten halber wird wiederholt, daß ein Unterschied zwischen den nullitatibus wider das *jus naturale* laufend, und den nullitatibus *juris positivi*, zu machen sey: dergestalt, daß in Diesen das *fatale decendii*, wie in den appellationibus, hinführo Statt haben, in Jenen es aber, wegen der Nullität einzuwenden, bei den gemeinen Rechten belassen werden soll.» Dieses Gutachten der Fürsten wurde auch zum Reichsschluß erhoben; allein durch ein (nicht unglückliches) Versehen in der Reichskanzlei wurden in den Reichsabschied von 1654 §. 121. ff. die Worte des Beschlusses vom December 1653 eingetragen. — Daher die Streitfrage: woher der Reichsabschied zu erklären sey?

Allein beide Stellen haben einerlei Sinn. Nämlich

A. wider das jus *naturale* laufende Nullitäten sind Verletzungen und Nichtbeobachtungen der absolut wesentlichen Bestandtheile des Processes, m. a. W. solche, welche insanabilem defectum

a. ex *persona judicis* (z. B. Incompetenz),

b. aut *partis* (z. B. Mangel der Legitimation), oder

c. ex *substantialibus processus* (z. B. Mangel des Gehörs rc.) zum Gegenstand haben. Solche Nullitäten sind nicht heilbar durch den Ablauf von zehn Tagen; sondern erst nach dreisig Jahren hat die durch sie verletzte Partei das Recht verloren, das mit einem Mangel jener Beschaffenheit behaftete richterliche Erkenntniß als nichtig anzufechten — mit der Nichtigkeitsklage wegen unheilbarer Fehler, §. 183. Vergl. mein Handbuch, Bd. 1. S. 36 bis 53.

B. Nullitates juris *positivi*, oder die in dem Reichsgesetz anfänglich sogenannten Nullitäten, im Gegensatz derjenigen Nichtigkeiten welche einen insanabilem defectum zum Grund und zur Quelle haben, sind die Verletzungen und Nichtbeobachtungen der von den positiven Gesetzen gebotenen Formregeln in dem Proceßgange: welche, als das Gewand der natürlich oder absolut wesentlichen Bestandtheile lit. A., und als Schutzmittel gegen Unordnung und richterliche Willkühr, die Entwickelung der streithängigen Sache, zum Vortheil beider streitenden Theile, auf einer geregelten Bahn erhalten. Diese Formessentialien sind nicht absolut wesentlich (wie man an dem unbestimmten summarischen Processe §. 225. f. abnehmen kann); ihre Nichtbeachtung unterliegt ausdrücklichen Verträgen der Parteien §. 11., und ebenso gewiß deren stillschweigendem Verzicht. Ein an und in ihnen begangener

Fehler soll daher heilbar seyn: die Partei, welche durch ihre Nichtbeobachtung sich beschwert findet, soll deßhalb innerhalb zehn Tagen (von der Zeit der Publication des auf einen Formfehler erfolgenden, diesen nicht beachtenden, oder selber mit einem Fehler der äußeren Form behafteten, Erkenntnisses an gerechnet!) Beschwerde führend auftreten, und um Aufhebung des Erkenntnisses bitten; widrigenfalls aber angenommen werden, sie mache keinen Anspruch auf die Beobachtung der positiven Formregel — sie habe also hierauf stillschweigend verzichtet —, und dadurch sey jener, die absolut oder natürlich wesentlichen Bestandtheile des Processes nicht verletzende, Fehler geheilt. Als Anfechtungsmittel ist nun hier die «Nichtigkeitsklage — querela nullitatis — wegen heilbarer Fehler», gegeben — an das Fatale *interpositionis* der Appellation gebunden. Die Verletzung betrifft hier ein jus litigatoris; und wäre nur in *materialibus* gefehlt, in der Anwendung eines theoretischen Princips, so würde Appellation (oder Revision) einzuwenden seyn, L. 32. Dig. 42. 1. L. 1. Dig. 49. 8. L. 2. Cod. 7. 64.; weil aber die Form verletzt ist, so wurde auch jenem Rechtsmittel der Name «Nichtigkeitsklage», «Nullitätsquerel», «Nichtigkeitsbeschwerde», beigelegt. Vergleiche mein Handbuch, S. 54 bis 58. Dagegen führt die irrige Anwendung eines materiellen Rechtsprincips den Namen: *iniquitas*, und steht die sogenannte querela iniquitatis der Revision gleich. In manchen Ländern vertritt daher eine sogenannte querela nullitatis *vel* iniquitatis auch die Stelle eines ordentlichen Suspensivrechtsmittels.

Der Unterschied zwischen der Nichtigkeitsquerel wegen unheilbarer und wegen heilbarer Nichtigkeit, und was der Grund und Gegenstand jenes und dieses Rechtsmittels sey, ist klar, sobald der Unterschied

1. zwischen begriffs-wesentlichen — natürlich oder absolut wesentlichen — Bestandtheilen des Processes und

2. zwischen dessen Form-Essentialien rein aufgefaßt wird: — was aber in der Doctrin leider der Fall noch nicht ist — am wenigsten in dem Lehrbuche. Uebrigens darf man die Behauptung für irrig erklären, «daß die deutsche Gesetzgebung das römische Recht, in Ansehung des Begriffs und der Wirkungen processualischer Nichtigkeiten, aufgehoben habe.» Thibaut, P. R. §. 1253. Die im römischen Recht mit der Bemerkung bezeichneten Nullitäten, «daß solche die Appellation entbehrlich machten», lassen sich, fast sammt und sonders, unter den Begriff der Verletzungen absolut wesentlicher Bestandtheile des Processes zurückführen, und sind auch nach der deutschen Gesetzgebung unheilbare Fehler. Manche Formfehler sollten aber den Unheilbaren gleichgeachtet werden. Handbuch, Bd. 1. S. 58, Note 36.

II. Beide Nichtigkeitsklagen sind, als Rechtsmittel contra *sententiam* judicis, nicht gegen den Richter, sondern wider die Gegenpartei (den Querulaten) des Querulanten, gerichtet, §. 165. Ihrer Natur nach, und für sich allein betrachtet, sind sie keine Devolutivrechtsmittel. Die römischen Gesetze wissen gar nichts von einer Devolutivkraft der Nichtigkeitsklage; und faßt man die Querel wegen unheilbarer Fehler in procedendo vel pronuntiando in das Auge, wie solche — nur in den Zeitraum der Verjährungsfrist gefesselt — das richterliche Erkenntniß zu dem Zweck für nichtig erklärt wissen will, «damit der, in jenem Erkenntnisse, dem Gegner — dem jetzigen Querulaten — zugesprochene Vortheil für rechtswidrig erkannt, und respective der Querulat folgeweise verurtheilt, werde, den, im Gefolge der sententia nulla,

gemachten Gewinn zu restituiren»: so ist sie eine wahre Klage, die, der materiellen Connexität wegen, gerade bei demjenigen Gericht zu erheben ist, welches die als nichtig angefochtene Sentenz ausgesprochen hat: es wäre denn ein Grund zur Perhorrescenz vorhanden, §. 57. In Rücksicht auf die Querel wegen heilbarer Fehler folgt daraus, daß das Reichsgesetz nur das fatale decendii appellationis beobachtet wissen will, von den übrigen Fatalien der Berufung aber nichts erwähnt, deutlich genug, daß jenes Rechtsmittel, als Querel, der Revision gleich, vor dem sprechenden Gericht verhandelt werden soll: — abermals die Möglichkeit einer Perhorrescenz nicht ausgeschlossen! Auch unterscheidet sich diese letzterwähnte Querel, von der Revision, nur darin, daß die Beschwerde in dieser einen materiellen Fehler des angefochtenen Erkenntnisses behauptet, das gravamen der Querel aber einen Fehler der äußeren positiven Proceßform. Beide wollen ein *jus litigatoris* retten, damit nicht Rechtskraft dasselbe verdränge. Allein die Nichtigkeit an sich ist für die, durch sie, verletzte Partei auch eine Beschwerde im allgemeinen Sinn, §. 266. Nro. II., und kann mithin sowohl in der Form einer Revision — Leuterung und dgl., als in der einer Berufung, vorgetragen werden, §. 266. Nro. I.: wenn anders der Gravirte, dort und hier, die Formalien und Fatalien dieser ordentlichen Rechtsmittel beobachtet. Wählt nun der durch eine absolute oder positive Nullität verletzte Theil die Appellation, so wird die Streitfrage über die Nichtigkeit allerdings an die höhere Instanz devolvirt. Genau betrachtet jedoch geschieht dieses nicht mit der Nichtigkeitsklage, sondern mit der ihre Stelle einnehmenden Appellationsbeschwerde. Diese Beschwerde, «daß in judicio a quo eine den Appellanten verletzende Nullität begangen worden sey»: ist, ihrem

Gegenstand nach, einer Schätzung nach einem Marktpreis unfähig; und so kann denn auch der Mangel einer *summa appellabilis* jene Berufung nicht verhindern; keineswegs hingegen läßt sich standhaft behaupten: «die mit einer Nichtigkeit begründete Appellation finde dennoch Statt, wenngleich Appellationen von dem gravirenden Gericht an die höhere Instanz, überhaupt unzulässig seyen»: z. B. bei der ehemaligen Reichsjustizverfassung, wegen des privilegii de non appellando. Ist nicht jene höhere Instanz (das R. K. Ger.) direct — unmittelbar — in erster Instanz — competent für die querela nullitatis, als solche, so kann die gewählte Form eines unstatthaften ordentlichen Rechtsmittels jene Competenz noch weniger hervorbringen. Und wäre diese Competenz für die Nichtigkeitsklage wirklich vorhanden, so müßte solche in dem Gewand einer Berufung — deren Prohibition im Allgemeinen vorausgesetzt! — dennoch als angebrachtermaaßen unstatthaft verworfen werden.

III. Drei gleichförmige Erkenntnisse, §. 109. lit. C., welche die Streitfrage über eine Nullität nicht zum Gegenstand hatten, stehen der Nichtigkeitsklage nicht im Wege: denn deren Zweck und Grund greift ja, zunächst, gerade und nur die Rechtskraft jener Erkenntnisse an, und deren Fähigkeit, rechtskräftig zu werden. Sind jedoch die äußeren Bedingungen jener Rechtskraft vorhanden, sey es durch ein einfaches oder dreifaches Erkenntniß, so kann die, eines Beweises noch bedürfende, Nichtigkeitsklage die Folgen jener res judicata nicht abwenden, oder aufschieben. Vergl. Nro. V. Clem. 1. de sent. 2. 11.

IV. Von *Novis* kann im Gebiete der Nichtigkeitsklagen die Rede gar nicht seyn, indem ja die Nichtigkeitsfehler

in den vorausgegangenen Proceßverhandlungen liegen sollen. Daß der Querulant den Nichtigkeitsgrund nachher erst erfährt, z. B. Bestechung des Richters oder der Zeugen (Handbuch, Bd. I. S. 403, Note 379), ist kein *Novum*, im Sinne der Appellation und Restitution §. 281. 285.; sondern das Fundament der Nichtigkeitsklage selber, welches, wie der factische Grund anderer Klagen, aus der Vergangenheit hergenommen seyn muß.

Das der Querel wegen heilbarer Nullität zum Grund gelegte Factum, i. e. das Daseyn der Verletzung einer zwar nicht absolut wesentlichen, jedoch von dem positiven Gesetz gebotenen, Form, muß sich ohnehin aus den zeither geführten Acten selber entnehmen lassen: z. B. des Gegners Versäumniß eines Fatale, die Antretung eines Zeugenbeweises ohne Artikel, und dgl. Als Rechtsfrage liegt dann nur vor: «ob die von dem Querulanten als, von Seiten des Querulaten oder von Seiten des Richters, nicht beobachtet angegebene Form eine positiv-wesentliche Form wirklich sey, und ob der Querulant sich nicht versäumt habe, jene positive Nullität noch geltend zu machen.» Vergl. Handb. Bd. 1. S. 56 und 57.

V. Die Querel wegen heilbarer Nichtigkeiten ist den ordentlichen Rechtsmitteln beizuzählen, und hat daher, auch isolirt eingewendet — i. e. justo tempore —, Suspensiv-Effect. Sowie die Appellation, Revision, Leuterung und dergl., zunächst auf materielle Ungerechtigkeiten des Richters — Iniquitäten — berechnet ist, so jene Nullitätsquerel auf Verletzungen der positiv-wesentlichen Proceßformen. Die Querel wegen unheilbarer Fehler hat weder bloße Iniquitäten zum Gegenstand (s. o. Nro. I.), noch Verletzungen der äußeren — *in concreto*

entbehrlichen — Förmlichkeiten (s. o. Nro. I. B.), sondern das Fehlen eines begriffswesentlichen Bestandtheils von einem rechtsgiltigen Processe. Verletzungen in diesem Grundwesen der bürgerlichen Justizpflege sind zu wichtig, selbst für den Staat, für das Allgemeine, als daß ein zehntägiges Schweigen des Verletzten für Verzicht gelten könnte: und daher die offene Verjährungsfrist von dreißig Jahren! Handb. Bd. 1. S. 53 mit Heidelb. Jahrb. der Litt. 1817. Nro. 5. Seite 74. Die, der nöthigen schnellen Thätigkeit des Beschwerten angemessene, Suspensivkraft ist nun aber, von den Gesetzen, bloß den ordentlichen Rechtsmitteln beigelegt §. 266., und da zu diesen die, so lange Zeit zum Gebrauch offen stehende, Querel wegen unheilbarer Nichtigkeiten nicht gehört, so kann sie auch, als isolirt — selbst intra decendium — vorgetragen *), die Rechtskraft nicht aufschieben, wenn deren äußere Bedingungen vorhanden sind, und das Daseyn einer unheilbaren Nichtigkeit noch eines besonderen Beweises bedarf. Ebensowenig kann sie, in diesem Falle, den Vollzug der Execution eines, den äußeren Bedingungen nach, bereits rechtskräftigen, Erkenntnisses verhindern, §. 254. Allein

1. die Suspensivkraft tritt ein, wenn der Verletzte die Nichtigkeit, als Appellations- oder Revisionsbeschwerde, in der zehntägigen Nothfrist aufstellt, s. Nro. II.: weil dann dieses gewählte ordentliche Rechtsmittel das Principale ist; und

2. läge die unheilbare Nichtigkeit in den Acten liquid vor, so würde sie schon als *exceptio* nullitatis den Eintritt der Rechtskraft und den Vollzug des offenbar nichtigen Erkenntnisses hemmen müßen: indem diese Einrede an keine Zeit gefesselt, und vor der Execution nur

*) d. h. als sogenannte actio nullitatis! M.

mit Liquidität bedingt seyn, kann: Archiv für die civilist. Praxis, Bd. 1. S. 368 f. Auch pflegt

3. die Doctrin, wiewohl ohne positives Gesetz, nur aus Billigkeitsgründen, anzunehmen, auch die illiquide querela nullitatis hindere den Vollzug der richterlichen Hülfe alsdann, wann die Erfüllung des angefochtenen Erkenntnisses dem Querulanten einen unersetzlichen Schaden zuziehen würde. Vergl. Zusatz zu §. 254 — 258. lit. B. (NB. Dieser Zusatz zu §. 254. f. ist durch obige Nro. V. 1. und 2. zu ergänzen!)

VI. Es ist auch eine alternative Häufung der Appellation oder Revision und dergl. mit der Nichtigkeitsquerel, denkbar: z. B. «die Sentenz sey nulla, oder doch (wenigstens) iniqua.» Ebenso ein gleichzeitiger Gebrauch beider Querelen: z. B. «es sey

a. die Sentenz unheilbar nichtig, oder doch
b. ein Formessentiale verletzt, wenigstens
c. inique erkannt.»

Wegen der Unkosten siehe mein Handbuch, Theil 1. S. 402 ff.

§. 285.

Das in diesem §. sehr unvollkommene Lehrbuch verwebt auch Das, was einer genauen Scheidung bedarf.

I. A. Unter Restitution — Wiedereinsetzung in den vorigen Rechtsstand — ist überhaupt begriffen,

A. das rescissorische, als Klage oder als Einrede sich darstellende, Rechtsmittel gegen außergerichtliche verletzende Rechtsgeschäfte und gegen den Ablauf der Verjährung. Diese Restitutionen sind kein Gegenstand der Proceßtheorie *). —

*) Vergl. Thibaut, P. R. §. 1001. f. und §. 1046. f. Glück, Erl. d. Pand. §. 431. ff. Cap. 8. X. 1. 41. G.

B. Die Restitution gegen Versäumnisse und Versehen in den Verhandlungen eines gerichtlichen Rechtsstreites — gegen Verabsäumung der Fristen und Tagfarthen und dergl.: m. a. W. gegen Nichtbeobachtung der positiven Formessentialien des bürgerlichen Processes. Auch diese ist zu den remediis *contra sententias* nicht zu zählen: indem sie, der Regel nach, vor ertheilter Sentenz erbeten wird, und selbst dann, wann ein richterliches Decret das Daseyn eines Versäumnisses und den Eintritt von dessen Rechtsnachtheil bereits ausgesprochen hätte, nun aber erst, vor oder nach abgelaufener zehntägiger Nothfrist, um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand implorirt würde, dieses Gesuch dennoch nicht sowohl auf jenes Decret sich bezieht, und dieses als materiell oder formell ungerecht anspricht, als vielmehr das anerkannte, jedoch gesetzlich verzeihliche, Versäumniß und dessen Beseitigung zum Gegenstand hat, so daß jenes Decret nur folgeweise außer Wirkung treten soll. Diese Restitution ist lediglich nach der prätorischen des römischen Rechts zu beurtheilen. Sie setzt, wie die unter A., außer der *causa* restituendi, z. B. Minderjährigkeit, Abwesenheit ꝛc., eine nicht selber verschuldete, auch nicht unbedeutende, laesio des Imploranten voraus [1]), und wird daher, obgleich schon das Versäumniß an sich die Natur einer Rechtsverletzung hat [2]), doch dann nicht ertheilt, wann es bereits als rechtsgewiß [3]) vorliegt, daß auch die ertheilte Restitution die Sache des Imploraten nicht verbessern, sie also eine fruchtlose Verfügung des Gerichts seyn, würde. Zusatz zu §. 268 [4]). Insonderheit greift

1) Thibaut, a. a. O. §. 1002. G.

2) Wernher, in sel. obs. for. P. 5. obs. 82. G.

3) Ist es zweifelhaft, so wird das Daseyn der laesio voran geprüft. Zusatz zu §. 268. G.

4) Läsion allein reicht nicht hin, sondern Beides, lae-

hier die Frage ein: ob der pars litigans gegen das Versehen seines Beistandes in den vorigen Rechtsstand wieder einzusetzen sey? Zusatz zu §. 80. Eben weil sie zu den remediis contra sententias nicht gehört, veranlaßt ihre Imploration nur eine cognitionem judicis, wobei die Wahrheit der causa restitutionis, wenn diese causa an sich legalis ist, nur einer Bescheinigung bedarf, und wohl durch eine eidliche Erhärtung des Imploranten hergestellt wird. Ja das Gericht ertheilt sie wohl *ex officio*, wenn es voraussieht, causa et laesio liege liquid vor, und die Imploration um Ertheilung der Restitution würde sobald erfolgen, als das Gericht, ohne Rücksicht auf deren actenmäßige Bedingungen, das strenge Recht auf den entschuldbar Verletzten anwenden wollte [1]). Das canonische Recht [2]), sowie die deutschen Proceßgesetze [3]), kennen sie, ohne eine Abänderung der betreffenden römischen Rechtsprincipien zu verordnen [4]). Auf jene summarische Beleuchtung des Grundes und der Verletzung, und auf jene, ohne Umschweife erfolgende, Ertheilung der Restitution, bezieht sich auch die Benennung «restitutio *brevi manu.*» —

C. Die Restitution contra *rem judicatam* — bezweckend die Rescission eines richterlichen Erkenntnisses [5]),

---

sio et causa specialis restitutionis, muß cumulativ vorhanden seyn. Wernher, in sel. obs. for. P. 3. obs. 112. G.

1) Thibaut, a. a. O. §. 1004. Glück, Erläut. der Pand. §. 433. G.

2) Cap. 2. 3. 4. 7. X. 1. 41. G.

3) z. B. Reichsdep. Absch. v. J. 1600. §. 86. G.

4) Abgesehen von Dem, was zu §. 80. wegen der Versäumnisse der Nebenpersonen vorgekommen ist. G.

5) Die interlocutiones mixtas §. 103. f., nach canonischem und deutschem Rechte, mitinbegriffen. R. D. A. v. J. 1600. §. 138. G.

welches nicht nur der Zeit nach rechtskräftig, sondern auch den Acten und Rechten insoweit angemessen, ist, daß dasselbe weder als unheilbar nichtig, noch als positiv nichtig, angesehen werden kann. Sieht man hier

I. auf das römische Recht, so verordnet dieses Folgendes:

1. Wenn das Erkenntniß auf die Aussagen bestochener Zeugen gegründet sey, so werde Restitution ertheilt [1]); und sey der Beweis mit fälschlichen Urkunden — falsis instrumentis — geführt, so sey der Verurtheilte ex integro zu hören [2]). Da diese Gesetze nicht zu dem jus honorarium gehören, so sind dreißig Jahre als die Verjährungszeit anzunehmen [3]); und überdies haben wohl die Gesetze des Codex mehr eine Nullität des Erkenntnisses im Auge, als dessen Rescission durch Restitution [4]). —

2. Wäre eine Rechtssache durch einen richterlichen Eid entschieden, und der Besiegte finde nachher *nova instrumenta* [5]), d. h. solche, die, als tempore litis pendentis et probationis producirt, den gesetzlichen Eid

---

1) L. 33. Dig. 42. 1. G.

2) L. 1. seqq. Cod. 7. 58. Hierzu ist aber auch zu rechnen, wann bestochene Sachverständige ein fälschliches Gutachten ertheilt haben, arg. L. 1. Dig. 22. 4.; ohnehin fälschliche Protocolle; deßgleichen ein wirklicher Meineid, L. 13. Cod. 4. 1.; nicht aber die Entdeckung, daß ein juramentum delatum aus Irrthum, bona fide, abgeschworen wurde. L. 1. Cod. 4. 1. L. 31. Dig. 12. 2. L. 21. 22. Dig. 4. 3. Zus. zu §. 175. a. Nro. V. G.

3) Thibaut, v. Besitz und Verjähr. Thl. 2. §. 49. G.

4) Handbuch zu Martin, Bd. 1. S. 403. Note 378. mit S. 49. Nach deutschem Processe wird man die querela nullitatis insanabilis in obigen Fällen für vollbegründet achten. Vergl. auch Nro. 3. G.

5) Vergl. L. 1. D. cit. 22. 4. G.

entbehrlich und unzulässig gemacht haben würden, so sey derselbe ex integro zu hören [1]). Von der Entscheidung durch einen Notheid [2]) abgesehen, sollte durch instrumenta noviter reperta die Rechtskraft nicht angefochten werden können [3]), wenn nicht causa publica der Gegenstand des Rechtsstreits wäre [4]). Nimmt man das negotium publicum nur als Beispiel einer causa restitutionis, so folgt, daß, wenn irgend eine andere causa restituendi [5]) mit dem Auffinden neuer Beweismittel sich vereinigt, alsdann Restitution ertheilt werden soll [6]); und es würde sich dann nur fragen: «ob dieser unterstützende, wohl auch für sich allein hinreichende, Restitutionsgrund (Nro. 3.), in Verbindung mit jenem Auffinden, auch nach dem Abfluß von vier Jahren noch geltend gemacht werden könne, wenn er, für sich allein betrachtet, als prätorisch, in das Quadriennium gebannt war.» Denn die L. 31. Dig. 12. 2. ist ein Civilgesetz; und die in solcher nachgelassene restitutio contra rem judicatam konnte also binnen dreisig Jahren gesucht werden [7]).

3. Der, tempore rei judicatae, Minderjährige [8]) soll,

---

1) L. 31. Dig. 12. 2. G.

2) Archiv für die civilist. Praxis, Bd. 1. S. 51. G.

3) L. 35. Dig. 42. 1. v. quanquam rel. oporteat, mit L. 4. Cod. 7. 52. G.

4) L. 35. cit. v. tamen in negotio publico. G.

5) Ob auch laesio enormis dahin zu zählen sey? s. Thibaut, P. R. §. 1254. ibi all. Cocceji und Hofacker. G.

6) Hierauf kann sich das exemplo grave est, in der L. 4. cit. Cod. 7. 52., beziehen. Vergl. Glück, in der Erleut. der Pand. Bd. 5. §. 432. S. 398. Vergl. auch L. 2. Cod. 2. 44. G.

7) Thibaut, a. a. O. v. B. und V. S. 134. G.

8) Folglich Alle, welchen man die Rechte der Minderjährigen zutheilt, z. B. die Kirche und andere moralische Personen. G.

vermöge dieses Zustandes, berechtigt seyn, Restitution contra rem judicatam zu suchen [1]). Daher leitet man, ausdehnend, das Princip ab: alle prätorischen Restitutionsgründe seyen zur Anfechtung der res judicata anwendbar [2]). Nimmt man hierbei an, eine Partei sey, in dem Proceßgange, aus gerechter Furcht, oder Zwang, oder Betrug, bewogen worden, eine Handlung zu vollziehen, oder zu unterlassen, in deren Gefolge ihr Etwas nicht zuerkannt, oder sie verurtheilt, wurde, so ist umsoweniger zu bezweifeln, daß sie, aus jenem Grunde, nachher Restitution gegen jenen Rechtsspruch verlangen könne: da, nach erloschenem Unterschied zwischen negotiis stricti juris et bonae fidei, jene *vitia* des freien Willens eine Nullität produciren, und es keinen gegründeten Zweifel leidet, daß die deutschrechtliche querela nullitatis §. 284. in jenen Fällen Statt finde [3]). Die Verurtheilung einer abwesenden, nicht ungehorsamen, Partei ist offenbar nichtig [4]); und auch vorausgesetzt, die Publication des Urtheils erfolge zwar auf rechtsgiltige Verhandlungen, jedoch ohne vorgängige Ladung an sie, und also insofern in ihrer Abwesenheit, so ist es doch für die ad audiendam sententiam nicht geladene Partei so lange nicht vorhanden, als es ihr nicht auch legal eröffnet wird [5]).

---

1) L. 1. 2. 4. und 5. Cod. 2. 27. L. 16. §. 5. Dig. 4. 4. G.

2) Thibaut, P. R. §. 1254. G.

3) Metus justa, vis und dolus, werden immer einen absolut-wesentlichen Bestandtheil des Processes, besonders das Gehör, verletzen. G.

4) Weil sie nicht gehört wurde. G.

5) Die Insinuation in vim publicati §. 103. und 104. würde nur als positive Richtigkeit sich ansehen lassen, und bloß die querela nullitatis wegen heilbarer Fehler §. 183. begründen. G.

Es bedarf also auch in diesem Falle keines Restitutionsgesuchs. Ist aber die Unthätigkeit — das Nichterscheinen — einer Partei mit den äußeren Bedingungen des Ungehorsams umgeben, §. 117. f., so führt die entschuldbare Abwesenheit [1]), und was dieser gleichsteht, z. B. Krankheit und dergl. [2]), allerdings zur Befugniß, auf Restitution anzutragen: respective

a. gegen das Urtheil selber: damit das in der Abwesenheit Versäumte erst nachgeholt [3]), und dann — hinter dem vollständigen Gehöre her — anderweit erkannt, werde; respective aber

b. gegen den Ablauf der zehntägigen Frist zur Einwendung des versäumten Rechtsmittels [4]); und ebenso, wenn auch

c. die Publication des Erkenntnisses, nach vorausgegangenen legalen Verhandlungen, in praesentia der Parteien gesetzlich geschah, hierauf aber entschuldbare Abwesenheit eintritt, und diese die Verabsäumung eines Fatale zur Folge hat. Allein in den beiden letzten Fällen ist das durch absentia begründete Restitutionsgesuch offenbar nicht direct contra rem judicatam, sondern nur contra lapsum fatalis, gerichtet: indem das publicirte Erkenntniß, vor der Hand, an sich bestehen, durch die Restitution aber

---

1) L. 2. Cod. 2. 54. G.

2) Thibaut, a. a. O. §. 1013. f. ibi all. G.

3) Z. B. der Kläger versäumt sich abwesend an dem Beweis, und ein richterliches Decret entbindet den Beklagten. G.

4) Z. B. nach vollständigen Verhandlungen werden beide Theile ad audiendam sententiam geladen; der Beklagte aber wird, während seiner unterdessen eingetretenen Abwesenheit, verurtheilt, und nach seiner Rückkunft sind mehr als zehn Tage seit der Publication jenes, wie er glaubt, ihn beschwerenden, Erkenntnisses verstrichen. G.

nur das Recht zum Gebrauch eines ordentlichen Rechtsmittels wieder erworben werden, soll, damit dann, durch dieses ordentliche Rechtsmittel, die Incidentfrage verhandelt werden dürfe: ob nicht jenes Erkenntniß als sententia iniqua, oder auch nulla [1]), zum Vortheil des (gegen das strenge Recht) noch zu einem versäumten Gehör zugelassenen Appellanten, Revidenten, Leuteranten und dergl., abzuändern sey. Und auch die restitutio, im Falle a., ist eine restitutio *contra rem judicatam*, im strengen Sinne, keineswegs zu nennen: da sie zunächst auch nur die Rescission eines, durch des Imploranten Nichtbeobachtung der Formgesetze, vom Gegner erworbenen Rechts bezweckt, — restitutio contra lapsum fatalis, — damit dann, im Gefolge dieser Restitution, der Impetrant mit der, äußerlich ungehorsam verabsäumten, materiellen Verhandlung annoch gehört, und dann ein anderweitiges, dem Inhalt dieses Gehörs entsprechendes, Erkenntniß ertheilt, werde. Von *novis* ist hier gar die Rede nicht, sondern von der Erlaubniß zum Vollzug eines Vortrags und einer Verhandlung, welche ganz unterblieben war, und zum ersten Mal unternommen werden soll. Die restitutio contra rem judicatam hingegen ist sogleich das Rechtsmittel selber, welches eine Rescission des äußerlich rechtskräftigen richterlichen Urtheils bewirken soll: und zwar entweder

α. ohne daß der Implorant (abgesehen von einer, nicht in novis bestehenden, causa restituendi!) etwas Anderes vortragen will [2]), als die juristische Deduction,

---

1) Insofern nämlich der Implorant an der Einwendungsnothfrist der querela nullitatis wegen heilbarer Nichtigkeit, sich versäumte. G.

2) nach dem röm. und can. Recht. S. Nro. I. et II. G.

«jenes Erkenntniß verletze ihn», d. h. «es sey, in Bezug auf die vorausgegangenen Verhandlungen, sententia *materialiter iniqua*», oder indem er

β. sogleich, bei ihrer Einwendung und Rechtfertigung, vermöge directer gesetzlicher Erlaubniß, ohne diese erst durch eine restitutio in integrum von dem Richter auswirken zu müßen, den früheren, wirklich geschehenen, Verhandlungen noch etwas hinzufügt — *nova* 1), — was entweder für sich allein, oder in Verbindung mit jenem, schon vorhandenen, Inhalt der Acten, die äußerlich rechtskräftige Sentenz als *materialiter iniqua* darstellen, und unmittelbar eine Abänderung *ipsius rei judicatae* bewirken, soll.

Was übrigens unter Abwesenheit, als gesetzlicher *causa* restitutionis, zu verstehen, und ob die prätorische General-Clausel 2) über die Gränze der Abwesenheiten auszudehnen, sey ꝛc.: ist aus der Theorie 3) in den Proceß herüberzutragen; dabei aber überall zu bedenken, daß, insofern eine restitutio *contra rem judicatam* gesucht wird und ertheilt werden soll, von der Strenge des Gesetzes, durch willkührliche Ausdehnungen ex ratione aequitatis, nicht abzuweichen ist 4). Insonderheit schließen die Gesetze hier auch den error *facti*, als causa restitutionis, aus 5).

---

1) nach deutschem Proceßrecht. S. Nro. III. G.

2) L. 1. et 26. Dig. 4. 6. G.

3) Thibaut, P. R. §. 1003. f. Glück, a. a. O. §. 464. ff. G.

4) Des Haderns ist sonst kein Ende. L. 1. 4. und 5. Cod. 7. 52. G.

5) L. 7. Cod. 1. 18. L. 36. Dig. 10. 2. Noch weniger ist Rechtsirrthum eine causa rest. Tit. Dig. de juris et facti ignorantia. L. 32. Dig. 42. 1. G.

II. Das canonische Recht, in dem Titel der Decretalen: *de in integrum restitutione 1. 41.*, enthält nichts mehr als das römische Recht; wohl aber weniger: abgesehen davon, daß Jenes die Restitutionen gegen Versäumnisse an processualischen Verhandlungen [1]), schon häufiger in das Auge faßt [2]), und dabei das Subject, welches die Rechte der Minderjährigen genießt, gegen die Versehen der Nebenpersonen direct restituirt [3]). Insoweit das päbstliche Recht auch die restitutio contra *rem judicatam* zum Gegenstand hat, setzt es bloß eine römisch-rechtliche causa restituendi voraus: vorzüglich das kirchliche Privilegium der Minderjährigkeit; und keine *Nova* [4]). Denn Cap. 10. ej. tit. sagt weiter nichts als: «wird dem Imploranten die contra rem judicatam gebetene Restitution abgeschlagen, so kann er gegen dieses abschlägliche Decret nur dann abermals Restitution suchen, wenn er vermag, auf *novas defensiones* sich zu stützen, d. h. einen besseren Restitutionsgrund beizubringen als denjenigen, welcher durch jenes Decret für unzulänglich erkannt wurde; er muß vielmehr Appellation gegen jenes abschlägliche Decret erheben, wenn er glaubt, jener verworfene Restitutionsgrund sey hinreichend, und also dieses Decret materiell ungerecht. Sollte jedoch der Implorant nur an einem Fatale sich versäumt haben (an der Einwendung jener nöthigen Appellation), so kann er hiergegen in den vorigen Stand, in die Appellationsbefugniß, wieder eingesetzt werden: damit

---

1) Vergl. oben A. B. G.

2) Cap. 3. 4. 7. X. 1. 41. Cap. 8. bezieht sich nicht auf den Proceß. Cap. 9. bezeichnet den Richter, welcher für die Restitution competent sey. G.

3) Cap. 2. X. 1. 41. G.

4) Vergl. oben Nro. I. 3. α. G.

dann von dem Unterrichter geprüft werde: «ob die vom judex a quo verworfene causa restitutionis contra rem judicatam hierzu gesetzlich hinreiche, oder nicht.» Fast mehr als Dieses enthält schon das römische Recht [1]): ohne daß sich behaupten ließe, neue Thatsachen und Beweise würden durch novas *defensiones* bezeichnet [2]).

III. Die deutsche Praxis und Gesetzgebung erweiterte den Gebrauch der restitutio contra rem judicatam dadurch, daß, wo auch eine römisch-rechtliche *causa* restitutionis (Nro. I. 1. ff.) nicht vorhanden war, man die Restitution dennoch für begründet hielt, wenn nur der Implorant auf *nova* [3]) sich stützen könne. Gewiß gaben hierzu die, im römischen und canonischen Rechte erwähnten, novae defensiones die Veranlassung: denn die deutschrechtliche Leuterung kannte keine anderen nova, als noviter *emergentia* et *reperta*. So dunkel nun jene novae defensiones vorlagen, so vag und ungewiß wurde, in dem deutschen Processe, der Begriff der *novorum*, worüber dann der Gebrauch der restitutio contra rem judicatam, bis zum Unfug und bis zur gänzlichen Unsicherheit aller rechtskräftigen Erkenntnisse, stieg. Die Reichsgesetzgebung suchte einzulenken und dem schädlichen wilden Strom einen Damm zu setzen [4]).

---

1) L. 1. 2. 3. Cod. 2. 44. G.

2) Die L. 2. cit. Cod. 2. 44. begründet allenfalls die Meynung, «auch der Römer habe die auf nova gegründete Restitution Nro. III. schon gekannt», noch am stärksten. Denn die Minderjährigkeit war ja schon, für sich allein, hinreichender Grund, die aus den Acten sich ergebende Iniquität des, der Zeit nach, rechtskräftigen Erkenntnisses aufzuheben. S. auch Thibaut, §. 1254. G.

3) Die Nova vertreten die causam restituendi. G.

4) Vorzüglich gehören hierher: Ullheimer, Diss. num. remed. restit. in integrum cum remedio revisionis in camerae

1. Der Deputat. Absch. v. 1533. §. 4. verordnete, «daß, wenn jene Restitutionen, aus Gefährde, oder bloß mit Bezug auf frühere Verhandlungen, oder aus zwar neuen, jedoch unrechtmäßigen und unerheblichen, Ursachen, gesucht würden, mit der Execution vorgefahren, und der Implorant in die Unkosten verurtheilt werden solle.» Zugleich wurde für statthafte Restitutionsgesuche der feierliche — articulirte — Proceß vorgeschrieben.

2. Jene Verordnung wurde in die K. G. O. Thl. 3. Tit. 50., ohne Minderung und Zusatz, aufgenommen.

3. Aus dem Reichsdeputationsabschied v. Jahr 1600. §. 138. entnimmt man soviel, daß die Restitution auch gegen rechtskräftige Interlocute — interlocutiones mixtas §. 103. — Statt fände: denn der restitutio contra lapsum *fatalium* war schon vorher, im §. 86., gedacht.

4. Kräftig sprach sich ein gemeiner Bescheid [1]) des R. K. G. vom 7. Juli 1669. im Wesentlichen dahin aus: die Advocaten und Procuratoren sollten sich der, mit der Restitution getriebenen, Mißbräuche enthalten: — sollten nichts, was in facto et jure schon vorgewesen, wiederholen; sondern einzig und allein die *in facto* emergirenden *nova*, oder neue Beweise, kurz und nervös einführen, und mit Specialgewalt, von ihren Principalen, zur Abstattung des Eides, «daß sie von dem Einbringen vorher einige Wissenschaft nicht gehabt, oder Selbiges zu der Sache dienlich zu seyn nicht vermeynt» [2]), jederzeit gefaßt erscheinen, sollen.

---

imp. judicio conjungi possit. Bamberg. 1778. K. G. Riedesel Freih. zu Eisenbach, Vorträge an den vollen Rath des Kais. Kammerger. Jena, 1791. Nro. II. S. 79 ff. Gönner, in dem Handbuch, Bd. 3. Note 66. G.

1) S. Des rc. Kammergerichts Gemeine-Bescheide rc. v. J. 1497 bis 1711. Wetzlar 1717. Nro. 180. S. 91 f. G.

2) Diese leidige Clausel, «oder rc. nicht vermeynt»

5. Ein dorthin sich beziehender, anderweitiger gemeiner, Bescheid vom 7. Juli 1671. bestimmte nun auch die Zeit, wann jener Eid abgeschworen werden solle, mit hinzugefügter «formula juramenti in puncto restitutionis in integrum.» [1])

Klar verordnen diese Gesetze [2]), in Verbindung mit dem zweiten Theile des Restitutionseides [3]):

a. entweder neue Thatsachen werden, als wesentlich, erfordert: d. h. solche, welche in den früheren Verhandlungen, von dem jetzigen Imploranten, weder erzählt, noch einer Antwort des Imploranten ausgestellt, wurden. Diese *facta nova* müßen aber auch erheblich seyn, d. h. ihre Wahrheit muß eine Abänderung des angefochtenen Urtheils rechtlich begründen. Sowie sie aber am wenigsten einen neuen thatsächlichen Klaggrund enthalten dürfen (mutationem libelli), so [4]) sind gewiß auch

---

— dieses Privilegium der Negligenz und Rechtsunwissenheit — ist das peinliche Kreuz der leicht zur Chicane führenden Restitution. Jede neue Gesetzgebung streiche wenigstens jenen Anhang! — G.

1) S. Gem. Besch. Note 48. Nro. 185. Seite 97 f. G.

2) Leider schweigt in diesem Puncte der Reichsabschied v. 1654, obgleich in diesem Hauptgesetz, §. 73. und 74., wegen der novorum appellationis, bestimmte Vorschriften enthalten sind. Analog sind diese auch auf die nova der restit. contra rem. jud. anwendbar. G.

3) Verb. «sondern nunmehr das rem. rest. in integr. gegen das in diesem K. C. G. ausgesprochene Urtheil Platz zu haben, und hierzu die Sache von Rechts wegen, ohne (bloße) Wiederholung Desjenigen, so allbereit in Facto et Jure vorgekommen, genugsam qualificirt zu seyn erachtet, Alles getreulich und ohne Gefährde.» Vergl. Note 63. G.

4) Dies bezweifle ich im höchsten Grade. Dadurch daß eine Partei einen neuen Klaggrund aufstellt, das heißt, einen

neue Einreden, Repliken und Dupliken ausgeschlossen, ebenso wie in dem Gebiete der novorum einer Appellation, §. 281. Die facta nova müßen die Eigenschaft einer bloßen Verstärkung, oder Erweiterung, oder einer Stellvertretung, der nämlichen Thatsachen enthalten, mit welchen ein früher schon verhandelter Streitpunct bereits begründet war [1]. Rechtsgrundsätze aus den promulgirten Gesetzen können nie neu seyn: denn neue Gesetze sind nicht zurückzuziehen [2], und die zur Zeit des Rechtsstreits bestehenden Gesetze sind ohnehin ein Gegenstand des richterlichen Erfüllungsamtes [3]. Nichtpromulgirte Gesetze hingegen ha-

---

ganz anderen Rechtsstreit beginnt, kann sie niemals zeigen, daß die Definitivsentenz in ihrem früheren Rechtsstreite eine Unbilligkeit gegen sie involvire; wohl aber dadurch, daß sie neue Vertheidigungsmittel — Exceptionen — wider den bisherigen Klaggrund des Gegners vorträgt: zumal wenn diese Exceptionen (wie dies mit den allermeisten Einreden der Fall ist) ihr, in der Welt, zu gar nichts Anderem frommen können, als zum Schutze gegen eben diesen Angriff. Auf alle neuen fundamenta realia excipiendi kann der gesetzliche Ausdruck «nova» sich beziehen; und kraft der Rechtsregel: ubi lex non distinguit, nec nostrum est distinguere, müßen wir auch sie darunter verstehen. M.

1) z. B. der Beklagte suchte die Einrede der Zahlung direct durch Zeugen zu beweisen, wurde aber, weil deren Aussagen schwankend ausfielen, und nichteinmal einen gesetzlichen Eid begründeten, unbedingt verurtheilt; erfährt jedoch nachher, daß der Kläger den Empfang der Zahlung, gegen andere Personen, erzählend gestanden habe. Letzteres ist das neue Factum. G.

2) Das bekannte: lex nova non retrahitur ad praeterita. Nov. 119. praef. es Cap. 1. L. 7. Cod. de legib. G.

3) L. un. Cod. 2. 11. R. A. v. J. 1654. §. 96. Handb. Bd. 1. S. 65 f. G.

ben allerdings die Natur der Thatsachen [1]), und können daher als nova benützt werden [2]), insoweit sie nicht selber eine neue Klage, neue Einrede ꝛc. bilden [3]). — Oder

b. neue Beweise, i. e. Beweismittel [4]), welche früherhin — dem Beweisführer bekannt oder unbekannt — unbenutzt blieben. Die neuen Thatsachen lit. a. bedürfen ohnehin (hier wohl ohne Ausnahme) auch einer neuen Beweisführung, und dazu neuer Beweismittel. Es ist aber auch denkbar, daß

α. nur neue Beweismittel zum Beweise von (vor dem angefochtenen Erkenntnisse) schon vorgekommenen Thatsachen, als nova, die Restitution begründen [5]), oder daß

β. hierzu die früher schon benützten Beweismittel abermals, zum Beweis neuer Thatsachen, producirt werden [6]). Aber — von neu aufgefundenen Be-

---

1) Archiv für die civilist. Prax. Bd. 1. S. 28. G.

2) Cramer, in obs. jur. un. T. 1. obs. 367. G.

3) Dann ist es eine unerlaubte mutatio. Die durch ein Gewohnheitsrecht gegebene Klage ist eine Andere als die, welche das promulgirte Recht gibt. G.

4) Ohne diese ist kein Beweis, i. e. factischer und juristischer Beweisgrund, rechtsmöglich. Archiv, Bd. 1. Abh. 3. §. 2. ff., und eine bessere juristische Ausführung der früheren Verhandlungen ist weder ein thatsächliches novum lit. a., noch eine neue Beweisführung. G.

5) Das Gesetz gibt die Alternative: entweder nova facta, oder neue Beweise. Neue Thatsachen können also auch durch Eidesdelation bewiesen werden: denn diese ist ordentliches Beweismittel. G.

6) Denn nur soviel sagen die Gesetze, daß Zeugen, nach Eröffnung der Aussagen früher vernommener Zeugen, über die nämliche Thatsache (wegen zu befürchtender subornatio) nicht

weismitteln abgesehen — läßt sich jener abermalige Beweis der nämlichen Thatsachen durch andere Beweismittel, nur mit derjenigen Gesetzgebung vereinigen, welche einen peremtorischen Beweistermin nicht kennt, §. 170. f. ad III.; und nur in einem solchen Rechtsstreit, in welchem auch der Richter ein peremtorisches Beweisinterlocut nicht ausgesprochen hat. Denn, dürfte der Beweisführer nach der, auf einen peremtorisch auferlegten Beweis, erfolgten und rechtskräftigen Definitivsentenz mit einem neuen Beweise bloß deßhalb hervortreten, weil er im Laufe jenes Termins das Aufstellen und Beweisen der jetzt, in restitutorio, vorgebrachten neuen Beweissätze, oder das Ernennen und Produciren der jetzt herbeigebrachten neuen Beweismittel, nicht für dienlich erachtet habe, so wäre Dieses ein Verhöhnen jenes peremtorischen Beweistermins, und das schädlichste Privilegium, die Processe durch Nachläßigkeit und subjectiven Irrwahn zu verewigen [1]).

Bei allem Diesem läßt es sich nicht bezweifeln, daß das Resultat des früher schon geführten Beweises mit dem Resultat des neuen Beweises vereinigt werden

---

vernommen werden sollen, Zus. zu §. 170. ff. lit. E. Wohl könnte Dieses zur Sprache kommen, insofern der Implorant neu entdeckte Zeugen über schon vorgekommene, durch Zeugen erwiesen werden sollende, aber für nicht erwiesen erkannte, Thatsachen, zur Begründung der Restitution, produciren will; allein die Furcht vor Subornation muß wohl dem Grundprincip L. 11. §. 8. D. 11. 1. weichen. Vergl. auch Cap. 38. X. 2. 20. G.

1) Wo aber das «nicht für dienlich erachten» einmal ausreicht, da muß es auch gleichviel seyn, ob der Implorant die jetzt erst vor- und beigebrachten neuen Thatsachen, oder Beweismittel, früherhin kannte oder nicht, — hätten sich auch die Urkunden in seinem eigenen Besitze befunden. Genug, daß er ihren Gebrauch nicht für dienlich erachtete! G.

darf [1]), um die von Neuem bezweckte richterliche Ueberzeugung hervorzubringen, sowie die Auflage eines bessern Beweises den Producenten nicht verhindert, die factischen Beweisgründe des anticipirten Beweises mit denjenigen des hierauf gebotenen und unternommenen bessern Beweises in Verbindung zu setzen: deßgleichen, daß mit den neuen Thatsachen auch solche, auf diese anwendbare, Rechtsgründe, in der Beweisdeduction, §. 175. und 275. vorzubringen erlaubt ist, welche von dem Imploranten früherhin noch gar nicht, oder doch nur in Bezug auf andere, dort vorgekommene, Thatsachen, erwähnt wurden. Die Thatsachen sind das Principale; — die Rechtsgründe nur Accessorium.

II. B. Sieht man auf das Ganze, und auf die hier sich zeigende Collision des einheimischen Rechts mit den Hülfsgesetzen, zurück, so folgt:

1. Gründet sich der Implorant auf *nova* im obigen Sinne Nro. III. a. et b., und schwört auch nur den zweiten Theil des Restitutionseides [2]), so bedarf er, zur Begründung der restitutio in integrum contra rem judicatam, gar keiner römisch oder canonisch rechtlichen *causa* restituendi [3]); jedoch kann er diese, wenn eine derselben

---

1) Die Worte in der Eidesformel: «ohne Wiederholung Desjenigen, so allbereit in facto et jure vorkommen», wollen gewiß nur soviel sagen; bloße Wiederholung jener schon verhandelten Thatsachen und Rechtsgründe ist kein novum. Neue Thatsachen, oder Beweise, oder Beides, müssen den schon vorgekommenen Thatsachen wenigstens hinzukommen. Vergl. Nro. I. 5. b. G.

2) Nämlich: «daß er rc. nicht für dienlich erachtet habe.» G.

3) Die nova vertreten diese: wie schon erwähnt wurde. G.

in concreto vorhanden ist, mit jenen novis, erlaubter und nützlicher Weise, cumuliren[1]).

2. Kann er sich auf neue Thatsachen oder Beweise nicht stützen, wohl aber auf eine römisch oder canonisch rechtliche causa restituendi, so begründet sich auch schon durch diese allein das Restitutionsgesuch. Denn das singuläre Institut des deutschen Processes Nro. III. derogirt jenem Hülfsrecht auf keine Weise. Wäre also

a. das auf die Aussagen bestochener Zeugen, oder auf den Inhalt falsch geschmiedeter Urkunden und dergl., ergangene Urtheil auch nicht als nichtig zu behandeln[2]), so würde jenes falsum doch wenigstens ein solches Restitutionsgesuch begründen, welches nur durch die Verjährungsfrist von dreisig Jahren erlischt; und eben Dieses tritt ein

b. im Falle wenn, nach des Rechtsstreits endlicher Entscheidung, hinter einem vom Richter erkannten und von einer Partei abgeschworenen Erfüllungs- oder Reinigungseide, der Unterliegende neue, seinen Sieg begründende, Beweismittel entdeckt[3]). Die deut-

---

1) z. B. der Implorant, welcher neue Thatsachen oder Beweise vorbringen will, kann sich zugleich auf Minderjährigkeit tempore rei judicatae beziehen. G.

2) Vergl. oben Nro. I. 3. G.

3) Wenn der Römer, als richterlichen Eid, nur das Suppletorium kannte, so muß sich eine restitutio ob instrumenta noviter reperta, bloß auf directen Gegenbeweis bezogen haben. Anders, wenn man sich die Entscheidung durch ein Purgatorium denkt! Daß die Beweismittel neu entdeckt worden sind, muß bescheinigt oder eidlich erhärtet werden, wenn der Implorat, auf das Hülfsrecht gestützt, entweder nach Verfluß von vier Jahren von Zeit des Auffindens novorum instrumentorum, oder innerhalb dreisig Jahren, von der Rechtskraft des Erkenntnisses, — an gerechnet, von der Resti-

schen Gesetze Nro. III. **erfordern nicht**, daß der Proceß durch einen gesetzlichen Eid sich geendigt habe: — sie übergehen diesen besondern Fall mit Stillschweigen. — Diesem nach bleibt das Hülfsrecht **neben ihnen** anwendbar [1]); und der Implorant ist in diesem, von dem römischen Recht aufgestellten, Falle in eine bloß **vierjährige** Frist nicht eingeengt.

In beiden Fällen, a. und b., ist aber der Lauf der dreisigjährigen Frist vom Augenblick des zehntägigen Alters der anzufechtenden Definitivsentenz an, zu berechnen [2]), — ohne Unterschied, wann der Implorant das Falsum oder die neuen Beweismittel entdeckt habe: indem der Ablauf jener **längsten Verjährungsfrist** das formelle und materielle Recht zugleich umfaßt [3]), und von dem **Wissen** des **Verletzten** nicht abhängt [4]).

3. In Rücksicht auf die prätorischen und canonisch rechtlichen causas restituendi, insoweit Jene *contra rem ju-*

---

tution Gebrauch machen will. Geht er aber **von dem deutschen Proceßrechte** aus, und bittet innerhalb vier Jahren, von dem Eintritt jener Rechtskraft an, um Restitution, so muß schon das Abschwören des **zweiten** Theils des Restitutionseides Note 49. hinreichen, der **erste** Theil aber (daß er keine Wissenschaft gehabt) dann, wann **nach** vier Jahren von jener Rechtskraft an, jedoch **innerhalb** vier Jahren, von dem Auffinden der nova instrumenta an, Restitution gesucht wird. **Plus** continet **minus.** G.

1) **Thibaut**, P. R. §. 35. und 39. G.

2) Von diesem Augenblicke der Rechtskraft an ist der Gegner des Imploranten im Besitz des formellen Rechts, und erwirbt nun das materielle durch den Ablauf der Verjährungszeit. G.

3) Handbuch, Bd. 1. S. 52. G.

4) **Thibaut**, v. Besitz und Verjährung, Thl. 2. §. 73. G.

dicatam Platz greifen, kömmt das deutsche Recht auch in Ansehung der in ihm erweitert gegebenen, bloß auf *nova* zu gründenden, die Ableistung eines Erfüllungs- oder Reinigungseides nicht voraussetzenden, Restitution mit dem Hülfsrechte darin überein, daß diese Arten der Wiedereinsetzung in den vorigen Rechtsstand sämmtlich an das quadriennium [1]) gebunden sind, welches mit dem Eintritt der Rechtskraft des, durch die Imploration um Restitution, angefochtenen Erkenntnisses zu laufen anhebt: mit Ausnahme des Falles, wann der deutschrechtliche Implorant die neuen Thatsachen oder Beweismittel zu jener Zeit nicht kannte, sondern erst nachher entdeckt, — in welchem Falle der Lauf jener vierjährigen Frist erst mit der Entdeckung den Anfang nimmt [2]).

4. Stützt sich der Implorant bloß auf eine solche römisch oder canonisch rechtliche causa restituendi, welche Nro. I. 3. erwähnt wurde, so nimmt der Restitutionsproceß (abgesehen von der Frist zu dem Restitutionsgesuch) die Natur eines solchen ordentlichen Rechtsmittels an, in welchem Nova gar nicht vorkommen, außer etwa der Beweis der *causa* restituendi [3]), welche hier den

1) Thibaut, P. R. §. 1036. Glück, in der Erleut. der Pand. §. 439. G.

2) Dieses ist wenigstens die positiv am besten begründete und auch die vernünftigste Meynung. Riedesel, a. a. O. §. 13. Gönner, a. a. O. §. 20. Sind also, von der Zeit der eingetretenen Rechtskraft des anzufechtenden Erkenntnisses an, bis zum Vortrag des Restitutionsgesuchs, vier Jahre bereits verflossen, so hat der Implorant das Entdecken zu einer solchen Zeit, von welcher an die vier Jahre noch nicht verstrichen sind, zu bescheinigen, oder eidlich zu erhärten. Anders, wann nur der Fall des römischen Rechts L. 1. ff. C. 7. 58. vorliegt, und von diesem Hülfsrecht Gebrauch gemacht werden soll. Nro. II. B. 2. b. G.

3) Es fällt also auch der Restitutionseid hinweg. G.

Klaggrund bildet. Die Frage: ob der Implorant durch das angefochtene Erkenntniß so verletzt sey, wie er angibt? ist dann nur Rechtsfrage; sowie bei einer Revision, Leuterung, oder Appellation, ohne privilegium nondum deducta deducendi et nondum probata probandi, der Richter nur zu erwägen hat: «ob der Grund der aufgestellten Beschwerde §. 266. II. aus den Acten der vorigen Instanz sich rechtfertige.»

III. C. Die Restitutionen I. A. lit. C. sind, wenngleich außerordentliche Rechtsmittel, nämlich im Verhältnisse zur Appellation, Revision, Leuterung und dergl., doch ebenfalls nicht gegen das judicium, sondern adversus *sententiam*, und wider die Gegenpartei, gerichtet. Sie bezwecken, wie Gönner spricht [1]), einen Sieg des materiellen Rechts über das förmliche, d. h. das, welches die, der Zeit nach vorhandene, Rechtskraft des angefochtenen Erkenntnisses, unter den Parteien, feststellen würde [2]), wäre das Restitutionsgesuch nicht verstattet. Es verordnen auch die Gesetze nirgends, daß die Restitution gegen das unterrichterliche Erkenntniß bei dem Obergericht gesucht, und daß sie also Devolutivkraft haben, solle; vielmehr folgt schon aus der materiellen Connexität, und aus dem Recht auf mehrmaliges Gehör, daß derjenige Richter zunächst competent sey, welcher das Urtheil ausgesprochen hat [3]). Aber dann findet Berufung Statt, wann der Unterrichter sie als nicht begründet zurückwirft [4]).

---

1) a. a. O. Bd. 3. Abh. 66. §. 1. G.

2) Archiv, Bd. 1. Abh. 24. S. 365 f. G.

3) Perhorrescenz gegen dieses forum ordinarium kann allerdings eintreten, hauptsächlich wenn die laesio in einer solchen widerrechtlichen Handlung des sprechenden Richters ihren Grund hat, welche nicht bloß in einer irrigen Anwendung der Rechtstheorie besteht. Eine Klage gegen den Richter ist nicht das hier vorliegende Rechtsmittel der Restitution. G.

4) L. 1. Cod. 2. 44. Cap. 10. X. 1. 41. G.

Von den Zwischenhandlungen im Civilprocesse.

§. 286.

Ein allgemeiner Begriff der processualischen Zwischen- oder Nebenhandlungen läßt sich nicht wohl aufstellen. Man kann sie nur beschreiben: «als solche Streit- und Entscheidungspuncte *), welche die Hauptsache nicht betreffen, und größten Theils zufällig sind, d. h. nicht in jedem Rechtsstreite vorkommen, und (jedoch mit Ausnahme Mancher) an eine bestimmte Stelle des Verfahrens nicht gebunden. Lehrb. §. 129. Ebendaher ist auch ihre Stelle in den Lehrbüchern sehr verschieden. Hier findet man sie, bald mehr bald weniger, bei denjenigen Subjecten und Verhandlungen zerstreut, denen sie zunächst angehören; bald aber auch, in einem besondern Abschnitt, zusammengestellt: jedoch auch dann, ihrer Zahl nach, nicht gleich. Mit dem Lehrbuche rechnet man gewöhnlich zu den Nebenhandlungen:

---

*) Da das Wort Streit ein gegenseitiges Verhandeln der Parteien bezeichnet, jede Entscheidung aber einen solchen Streit voraussetzt, so ist diese Definition offenbar viel zu enge. Man denke z. B. an die Perhorrescenz und an die Litisdenunciation. M.

a. Perhorrescenz des Richters oder Actuars §. 287.,
b. Actenversendung §. 288.,
c. Justizcommissionen §. 289. 290.,
d. Reassumtion des Processes §. 291.,
e. Interventionen §. 292. 293. 294.,
f. Adcitation §. 295.,
g. Litisdenunciation §. 296.,
h. Frist-Gesuche und Ertheilungen §. 297.,
i. simple Beschwerden §. 263. gegen das Gericht §. 298.,
k. Cautionen §. 299. 300.,
l. Gefährdeeid §. 301.,
m. provisorische Verfügungen §. 302.,
n. Acten-Wiederherstellung §. 303.,
o. Beweis zum bleibenden Gedächtniß §. 304.,
p. Urkunden-Edition §. 305. 306.,
q. Positionen §. 307.,
r. Versuch der Güte §. 308.,
s. Entsagung auf den Rechtsstreit und Untergang des Objects §. 309. Allein Manche rechnen auch die Legitimationen, den Kostenpunct, Ungehorsamsbeschuldigungen und dergl. hinzu; ja sogar die Provocationen: wie Gönner, Handb. Bd. 1. Abhandl. 14. §. 2. Vergl. Thibaut, P. R. §. 1259. Grolman, Theor. §. 167. Am zwecklichsten wäre es wohl, diejenigen Nebenpuncte, welche eine Kenntniß des ganzen Processes nicht voraussetzen, sogleich da abzuhandeln, wo sie als Abweichung von der Regel erscheinen, und verständlich sind: z. B. die Lehre von den Commissionen und der Perhorrescenz, in der Lehre vom Richter und Gerichtsstand 2c.; die Urkunden-Edition bei dem Urkundenbeweis; die Intervention und dergl. in der Lehre von den Fristen. Uebermässiges Ausscheiden lößt den Proceß am Ende auf, in Schaaren von Zwischenhandlungen und Nebenpuncten,

Vergl. auch mein Handbuch zu Martin, Thl. 1. S. 83 mit S. 100.

§. 287. 288. 289. 290.

A. Von der Perhorrescenz siehe den Zusatz zu §. 55 —57. lit. C. 3.

B. Die Bitte um Actenversendung, (insoweit diese durch das Landesgesetz nicht aufgehoben ist), geschieht entweder durch einen besonderen (schriftlichen oder mündlichen) Antrag, oder in einer dem Verfahren über die Hauptsache angehörigen Schrift, gewöhnlich am Ende der Schlußschrift. In dem Termine der Acten-Inrotulation sollen die Parteien bloß nachsehen, « ob die Acten vollständig sind »; nicht aber etwas noch beibringen, oder ergänzen, was zum Material der Sache gehört: denn die Ansetzung dieses Termins setzt den Actenschluß voraus. Vergl. den Zusatz zu §. 67. 99. 159. ff.

C. Insofern das Lehrbuch von solchen Commissarien sprechen will, welche der Regent unmittelbar bestellt — Delegaten — ist es richtig, daß diesen eine außerordentliche eigene Jurisdiction (in dem zu §. 39. angegebenen Sinne) zustehe, und daß also von den Erkenntnissen solcher Commissarien an jenen delegans appellirt werden kann: insoweit nämlich das Unerlaubtseyn der Cabinetsjustiz §. 9. einen solchen Commissarius überhaupt nicht ausschließt. Unrichtig hingegen ist der Satz des Lehrbuchs, wenn man ihn von solchen Commissarien versteht, welche bloß ein Obergericht bestellt: denn diese Beauftragte haben (ist nicht ein Anderes landesgesetzlich verordnet) nur jurisdictionem *mandatam* — repräsentiren bloß die moralische Person des Obergerichts —, und es kann daher, von deren Erkenntnissen, an das mandirende Obergericht nicht appellirt werden, sondern an die höhere Instanz (z. B. von dem Erkenntnisse des Commissärs

eines Appellationsgerichts, an das Oberappellationsgericht), wenn eine solche höhere Instanz vorhanden ist. Ermangelt diese, so ist ein bloßes Suspensivrechtsmittel gegen jenes commissarische Erkenntniß ebenso einzulegen, als habe das Obergericht selber beschwerend erkannt. Vergl. Zus. zu §. 93. und 66. Uebrigens stellt der Commissarius die Person des Committenten vor, und was also dieser, ohne Requisition eines anderen Gerichts und dgl., verfügen und vollziehen könnte, kann auch er direct verfügen und vollziehen, wenn sein Commissorium und seine Instruction dieser freien Bewegung nicht entgegen ist.

D. Sind mehrere Commissarien, der nämlichen Sache wegen, zugleich — nebeneinander — angeordnet,

1. mit der Clausel, «sammt oder sonders», so entscheidet die Prävention, d. h. der zuerst thätig werdende Commissar schließt die Anderen aus, bis er selber nicht mehr handeln kann, oder respective nicht weiter verhandeln will;

2. mit der Clausel, «sammt und sonders», so müßen alle Commissarien gemeinschaftlich handeln. Ist jedoch der Eine verhindert, so können die Uebrigen auch allein rechtsgiltig forthandeln. Danz, ord. Proc. §. 537. Thibaut, P. R. §. 1126. Das Nämliche ist auch auf mehrere, unter einer solchen Clausel, zugleich bestellte, Nebenpersonen anwendbar. Thibaut, a. a. O. §. 1105.

§. 291.

A. Man nennt die Reassumtion des Processes die Feierliche, im Falle sie ausdrücklich, als eine besondere Proceßhandlung, geschieht: sey es freiwillig *), oder, durch Anruf des Gegners zur «ausdrücklichen Erklärung über das Fortsetzen oder Nichtfortsetzen des Rechtsstreits»,

*) soll heissen: aus eigenem Antriebe. M.

genöthigt. Ein solcher Anruf veranlaßt eine Ladung ad reassumendum. Schaumburg, Lib. 1. Sect. 2. Cap. 7. §. 1. seqq. Es ist diese, in dem älteren deutschen Processe, feierliche Aufnahme des Rechtsstreits, durch neuere Gesetze — R. A. v. J. 1654. §. 99., für unnöthig erklärt, und zur Abkürzung vorgeschrieben worden: daß die Vollmacht des Procurators zugleich auf die Erben des Mandanten mitzustellen sey, §. 74. Ist nun Dieses geschehen, so bedarf es, von Seiten des Anwalts, zunächst bloß einer Anzeige der Namen der Erben «sobald als möglich, oder wenigstens innerhalb von drei Monaten.» Die Erben können dann entweder eine neue Vollmacht ausstellen, oder die ihres Erblassers (durch deren Unterschrift, schriftliche oder mündliche Erklärung) als die Ihrige — als auch von ihnen ertheilt — anerkennen. Solches nennt man die nichtfeierliche Reassumtion. Siehe ein Formular in meinen gedruckten Civilacten, Beilage Nro. 14. und 15. Die nicht reassumirenden Erben müssen den Gegner ihres Erblassers als Sieger anerkennen, ihm auch die Unkosten erstatten.

B. Will ein successor singularis einen von seinem Autor angefangenen Rechtsstreit nicht fortsetzen, (z. B. wegen einer Servitut des gekauften Grundstücks), so wird zwar der Gegner Sieger, allein er, der successor singularis, ist nicht schuldig, die Proceßkosten zu bezahlen. Reassumirt er aber den Proceß, und verliert denselben, so muß er selber für die Unkosten haften, behält jedoch den Regreß an seinen Autor, insofern er (der successor singularis) die Gefahr des Rechtsstreits nicht mitübernommen hat. Vergl. Danz, §. 491. ff. Thibaut, P. R. §. 1261. Kind, quaest. For. T. 3. Cap. 62. Schaumburg, l. c. §. 6.

§. 292. 293. 294. *)

Der Regel nach ist Niemand berechtigt, in den zwischen andern Subjecten bereits anhängigen Rechtsstreit sich einzumischen oder einzudrängen; sondern, hat auch er einen Rechtsanspruch an den Beklagten, oder an das streitige Object, so muß er denselben in einem besondern Processe verfolgen, und Denjenigen als Beklagten wählen, welcher in concreto passiv zur Sache legitimirt ist. Selbst die Execution in jenem anhängigen Rechtsstreite kann, in der Regel, durch den Einspruch eines Dritten nicht gehemmt werden. Denn verschiedene Processe laufen, ohne Einfluß auf einander, nebeneinander, zu ihrem besonderen Ziel. Zusatz zu §. 26. Selbst dann, wann mehrere Kläger gegen den nämlichen Beklagten (von dessen Ueberschuldetheit abgesehen, §. 310. ff.), des nämlichen Objects wegen, klagbar werden, muß jeder Kläger sein Recht besonders verfolgen; keiner dieser Processe hemmt den anderen, und welcher Kläger die rechtskräftige Verurtheilung des Beklagten zuerst bewirkt, kömmt in den Besitz des Objects, L. 14. pr. Dig. 9. 4.; ist jedoch gegen dingliche Klagen nicht sicher. L. 63. Dig. 42. 1. L. 5. et 7. Cod. 8. 14. L. 3. Dig. 20. 1. L. 29. §. 1. Dig. 44. 2. Auch ist, der Regel nach, keine Partei verbunden, in einem anhängigen Processe, einen neuen Gegner (sey es als einen Mitkläger, oder als einen Mitbeklagten), oder auch einen Streitgenossen (zum Mitkläger oder Mitbeklagten), sich aufdringen zu lassen. Von diesen allgemeinen Regeln machen jedoch diejenigen Gesetze Ausnahmen, welche in den Interventionen sich darstellen. Diese Ausnahmen gründen sich auf ein besonderes Inte-

---

*) Vergl. hier meine Materialkritik: Entwurf LXXXVI., und Reinhardt's Handbuch d. Proc. Bd. I. §. 86—89.

M.

resse des Dritten an dem Schicksale und Ausgange des, zwischen zwei anderen Subjecten, bereits anhängigen, Rechtsstreits, und zwar auf ein solches Interesse interveniendi, vermöge dessen er behaupten darf, «wofern er, durch seine Zwischenkunft, jenen Rechtsstreit nicht hemme, oder nicht wenigstens Antheil an demselben nähme, so drohe ihm unmittelbar der Verlust, oder eine schwierige Realisirung, eines auf das Proceßobject bereits erworbenen Rechts, oder doch, ex re judicata jenes Processes, ein solcher Anspruch oder Nachtheil, den er, als Theilnehmer an den jetzigen Verhandlungen, als ungerecht darzustellen im Stande sey.» Ein solches Interesse an der res inter alios acta soll nun jenen Dritten dergestalt ad causam legitimiren, daß er sich in den bisher für ihn fremden Proceß einmischen darf. Von den positiven Gesetzen geben hierüber direct einige Ausbeute: L. 29. Dig. 5. 2. Nov. 112. Cap. 1. Cap. 38. X. 2. 20. Cap. 2. in 6to 2. 8. Dahingegen sprechen L. 31. §. 1. Dig. 16. 3. und L. 34. Dig. 34. 3. nur von dem Vorzug unter mehreren Klägern, und auch die L. 63. Dig. 42. 1. handelt, an sich, gar nicht von der Intervention, sondern, nachdem allda der Satz: »res inter alios judicata aliis non nocet« aufgestellt, hiermit also zugleich gesagt, ist: «Interventionen sind, der Regel nach, nicht nöthig, folglich, der Regel nach, auch nicht erlaubt», werden Ausnahmen von jener ersten Regel angegeben, welche sich darauf beschränken: «wer in (legale) Kenntniß gesetzt worden ist, daß über ein Object inter alios gestritten werde, an welchem ihm ein erworbenes, dem von einem anderen Subjecte aufgestellten Anspruch vorgehendes, Recht zusteht, und seine, wenigstens stillschweigende, Einwilligung zu diesem Rechtsstreite gibt, (qui scit et passus est), der muß sich dann auch die in jenem, ruhig und unthätig mitangesehenen, Proceß erfolgende res judicata gefallen

lassen.» A contrario läßt sich also nur schließen: «er kann interveniren; und Interventionen sind wenigstens in allen denen Fällen erlaubt, in welchen der Intervenient, auf ein positives Gesetz hinweisend, sagen darf: «die res judicata jener res inter alios acta greift unmittelbar in mein erworbenes Recht ein — verpflichtet auch mich.»

Jenachdem nun, in concreto, einer solchen Intervention ein besonderer Zweck zum Grunde liegt, erhält dieselbe besondere Eintheilungen und Namen, welche aber, da die Gesetze in dieser Lehre dürftig und vag sind, in der Doctrin leider vielfach und verwirrend sich zeigen. Man kann unterscheiden:

A. Behauptet der Intervenient: «ihm allein stehe die res litigiosa, oder respective das streitige Recht, ausschließlich zu, der zeitherige Kläger müße ihm weichen: der Beklagte aber das Object an ihn, Intervenienten, herausgeben, oder respective ihn als den Berechtigten anerkennen»: so ist unstreitig der volle Begriff einer eigentlichen oder vollkommenen Principal- oder Hauptintervention vorhanden. — Z. B. A und B sind, als Collateral-Intestaterben des verstorbenen C, über dessen Erbmasse im Proceß befangen, und, pendente hac lite, tritt D mit der Behauptung auf: er sey legitimer Descendent des C, ihm also sey die ganze streitige Masse herauszugeben. Hierher gehört auch Cap. 38. X. 2. 20. Denn im Falle wenn, nach geschehener Principal-Intervention, der ursprüngliche Kläger oder Beklagte nachgeben, wohl gar mit dem Intervenienten sich vereinigen, sollte, wird jener ursprüngliche Begriff nicht aufgelößt, sollte auch eine gemischte Intervention aus jenem Beitritt entstehen.

B. Behauptet der Intervenient: ein Theil des objecti litis gebühre ihm ausschließlich, und sey ihm, ver-

möge eines erworbenen Rechts auf jenen bestimmten Bestandtheil des Streitgegenstandes, zuzuerkennen, mit Ausschluß des Klägers und Beklagten, und ohne daß er von Jenem oder Diesem litis consors sey: so ist auch Dieses eine wahre und reine Principal-Intervention zu nennen. Will man ihr aber den Namen «uneigentliche oder unvollkommene Principal-Intervention» beilegen, so ist Dies wenigstens unschädlich; z. B. in jenem Erbstreite zwischen A und B tritt des C hinterlassene Wittwe mit dem Anspruch auf einzelne Bestandtheile der Masse, als zu ihrem Dotalvermögen gehörig, hervor. So auch der Vindicant in dem Concursprocesse!

C. Bezweckt der Intervenient zwar, einen Theil des Streitobjects zu erhalten, eine quota oder ein quantum, oder eine species, jedoch als consors eines der bereits streitenden Theile, aus gleichem Grund der Klage oder der Vertheidigung, so zeigt sich,

a. insofern der Intervenient an dem Streitobjecte participiren will, die Natur einer Principal-Intervention lit. B.; hingegen

b. insofern er einer Partei sich anschließt, das Merkmal der accessorischen Intervention lit. D. Hier ist also die Benennung: «gemischte Intervention» nicht sinnwidrig. Damit ist aber nicht gesagt, als ob die gemischte Intervention auch einen gemischten Proceß veranlasse. Einfluß jedoch (siehe unten) kann es auf den Proceßgang haben, jenachdem der Intervenient

1. dem Kläger sich anschließen will, (z. B. nachdem der Collateralerbe A gegen den, die Erbmasse besitzenden, Testamentserben C klagbar geworden ist, tritt B, der Bruder des A, gleichfalls als Kläger auf, um als des Letzteren Miterbe sein Mitkläger zu werden); — oder

2. dem Beklagten sich zugesellt. Von diesem letzten

Falle spricht Nov. 112. Cap. 1. verb. »unde damus licentiam legatario rel.«; und auch L. 29. pr. Dig. 5. 2. gehört hierher, wenngleich in ihr noch eine besondere Besorgniß, als erlaubendes Interesse zur Intervention, angedeutet ist. Auch gehört der Fall hierher, wann der Consorte eines Beklagten, (z. B. der Miterbe), auf dessen rata debiti allein geklagt wurde, diesem sich anschließen will, um den Kläger zugleich auch wegen seiner, des Intervenienten, eigener rata zurückzutreiben *).

D. Im Falle aber der Intervenient einen Antheil an dem objecto litis (im weiteren Sinne) gar nicht begehrt, sondern den Sieg des einen streitenden Theils, als dessen litis consors, nur zu dem Zwecke mitbefördern will, damit der positive Nachtheil abgewendet werde, welcher ihm, dem Intervenienten, ex re judicata gegen diese Partei, droht (besonders eine Entschädigungsklage), so entsteht der Begriff der bloß accessorischen oder Neben-Intervention: z. B. der auch pro bonitate haftende creditor cedens mischt sich, nachdem der cessionarius den debitor cessus gerichtlich belangt hat, dieser aber in den Proceß eingeht, in diesen, zu dem Zweck ein, um den Beklagten überwinden zu helfen; der Verkäufer der im Besitz des Käufers befindlichen, von einem Dritten aber gerichtlich in Anspruch genommene Sache, intervenirt, um den Kläger mitzurückzutreiben. Auch ist, als Beispiel, dahin der Fall zu rechnen, wenn der Bürge sich dem beklagten Hauptschuldner anschließt, um, in Gemeinschaft mit diesem, die Klage abzutreiben, oder falls dem in gerichtlichen Anspruch genommenen possessor rei alienae (dem Usufructuar, Pfandgläubiger, Pächter und dergl.) der dominus zu Hülfe eilt, um den Kläger zurückzuwerfen,

---

*) Wie wäre Dies möglich: da diese letztere rata gar nicht Object des Hauptstreites ist? M.

und dem Beklagten die Fortdauer von dessen Besitzzustand zu sichern.

Die Eintheilung der Intervention in die freiwillige und gezwungene, — jenachdem der Intervenient, als solcher, ganz aus freiem Entschluß hervortrete, oder durch Adcitation oder Litisdenunciation §. 295. 296. herbeigerufen werde, — ist um so fruchtloser, weil die Litisdenunciation überhaupt, mit der Adcitation, in der Regel keinen Zwang zur Intervention mit sich führt, und da, wo der Adcitat zur Theilnahme genöthigt werden kann, die Adcitation die Natur einer Intervention nicht hat, §. 295. ff. Der Kürze wegen aber mag man sich jener Bezeichnung immerhin bedienen!

In Rücksicht auf sämmtliche Arten der Interventionen kann man in besondern Betracht ziehen:

I. des Intervenienten Activlegitimation zur Sache, d. h. seine Befugniß zur Intervention; —

II. des, oder der, Interventen Passiv-Legitimation zur Sache; d. h. gegen Welchen der schon streitenden Theile hat der Intervenient sich zu wenden, und welcher Theil muß die Intervention sich gefallen lassen? —

III Welchen Einfluß hat die Intervention auf den Proceßgang? —

Es ist, ad I., aus den oben bereits ausgeführten Gründen, des Intervenienten Befugniß nicht bloß damit bedingt, daß er sein eigenes erworbenes Recht verfolgen oder sichern will (Handb. S. 110 ff.), sondern zugleich mit dem erwähnten besonderen und unmittelbaren Interesse an dem Ausgang des schon anhängigen Processes: — mit der Gewißheit, dieser Proceß gefährde seine erworbenen Rechtsverhältnisse, und könne diese nachtheilig verrücken: ihm respective die Verfolgung und Realisirung eines Rechts vereiteln, oder bedeutend erschweren, oder

eine Verbindlichkeit auflasten. Der Intervenient muß darauf hinzeigen können: «*folgeweise* disponiren die schon streitenden Theile über mein eigenes Recht.»

1. Der Principal-Intervenient unter A und B hat also sein vorzügliches, sein beide schon streitende Theile überwindendes, Recht an dem Streitobject, auch jene Gefahr, wenigstens soweit zu bescheinigen als Derjenige, welcher einen Realarrest, zur Deckung der Execution (Zus. zu §. 231. ff.), auswirken will. Hierüber — über die Frage: ob Intervenient, auf jene Weise, ad causam legitimirt, und dessen Einmischung in den schon anhängigen Rechtsstreit gesetzlich erlaubt, sey? — kann ein summarischer Vorstreit, eine Zwischen-Verhandlung, entstehen, welche man, nach der Analogie des Arrestprocesses (Zus. zu §. 231. und 232. Nro. I.) den Interventions-Proceß nennen konnte — in welchem beide seither streitende Theile, einzeln und vereinigt, als Gegner des Intervenienten sich zeigen dürfen, und welcher durch eine richterliche Entscheidung der Streitfrage sich endigt: «ob die Intervention Statt finde, oder nicht.» Im Zweifel ist jede Principal-Intervention eher abzuschlagen, als zu gewähren: — es ist der andringende Intervenient, mit seiner Klage, auf dem regelmäßigen Wege, gegen denjenigen bereits streitenden Theil zu verweisen, welcher in Ansehung derselben passiv zur Sache legitimirt ist, z. B. als Besitzer des Objects: — seyen dieses Beide, als Litisconsorten, oder nur Einer von Beiden. Dann mögen diese verschiedenen Processe, ohne störende Einwirkung aufeinander, nebeneinander laufen, und der zurückgewiesene Intervenient mag, in Hinsicht auf die Sicherheit des Streitobjects, die allgemeinen Sicherungs-Maaßregeln ergreifen, wenn deren Bedingungen vorhanden sind, z. B. Sequestration, Veräusserungsverbote und dergl. S. unten Nro. 10.

2. In Ansehung der unter C. erwähnten gemisch-

ten Intervention treten die nämlichen Grundprincipien ein. Weder der seitherige Kläger, noch dessen Beklagter, ist verbunden, einen zur Sache nicht legitimirten Streitgenossen §. 32., oder Gegner, sich aufdringen zu lassen: zumal da gerade einem solchen sich eindringen wollenden Streitgenossen die res judicata wider Den, welchem er sich anschließen will, nicht schadet. L. 63. Dig. 42. 1. L. 1. seqq. Cod. 7. 60.

3. Und auch der bloß accessorische Intervenient lit. D. muß voran bescheinigen, daß und aus welchem Grunde die Sache der streitenden Partei, welcher er sich, zum Zweck der Abtreibung des Gegners, beigesellen will, mit seinem Rechtsverhältniß auf eine Weise verflochten sey, welche das Letztere mit einem Nachtheil unmittelbar bedroht, wenn dieser pars litigans unterliegen sollte. Ohne einen solchen Grund kann selbst die, von dem einen streitenden Theil vorausgegangene, Aufforderung des Intervenienten (Litisdenunciation) die andere Partei nicht verpflichten, diesen Mitgegner anzuerkennen. Danz, ord. Proc. §. 488. Nro. 8. Man kann im Allgemeinen den Satz aufstellen: welchem Subjecte ein streitender Theil litem denunciren darf (§. 296.), dieses Subject ist auch activ zur freiwilligen Intervention legitimirt.

Sieht man ad II. zurück, so ist

1. eine Principal-Intervention, nach dem Begriff A. oder B., gar nicht vorhanden, wenn nicht der Intervenient durch sie, in dem Augenblicke, wo er intervenirt, bezweckt, beide seither streitende Theile sollen ihn als Den anerkennen, welcher mehr Recht als sie Beide, und Jeder von ihnen, an dem von ihm in Anspruch genommenen Object, habe, ebendeßhalb aber fordert: sie sollen aufhören, über dieses Object den zwischen ihnen obwaltenden Rechtsstreit fortzusetzen. Von diesem Gesichtspuncte aus wendet er sich zunächst gegen beide jene Par-

teien, als die zur Antwort pflichtige, d. h. ad causam passiv legitimirte, Subjecte: — sey auch die der Hauptintervention zum Grunde liegende Klage eine dingliche Klage, und sey auch nur der Beklagte in dem schon anhängigen Processe, der alleinige Besitzer des von dem Intervenienten in Anspruch genommenen Objects. Weicht die eine Partei dem Intervenienten, so bleibt die Andere, als legitimus contradictor, sein Gegner: Welches dann der erste Kläger ebensogut seyn kann, als der erste Beklagte, wenn Letzterer gegen den Intervenienten die Segel streicht, oder sich wohl gar auf dessen Seite schlägt. Einen solchen Fall enthält wohl Cap. 38. X. 2. 20. Wenn z. B. A den B mit der actio hypothecaria belangt, B gegen diese ankämpft, weil dem A eine Hypothek nicht zustehe, jetzt aber C als Intervenient behauptet, «mir steht ein älteres, den A ausschließendes, Pfandrecht zu», und B Dieses einräumt, A hingegen es verneint, so wird A der Gegner des C seyn und bleiben, ja der B, im Gefolge von seiner Verbindlichkeit, und als hypothekarischer Schuldner des C, wohl gar, als accessorischer Intervenient, dem Principal-Intervenienten sich als consors anschließen können. Oder im Falle M den N mit der Eigenthumsklage belangte, N deren Grund verneinte, jetzt O mit der Behauptung intervenirte: «er sey der wahre und alleinige Eigenthümer des vom M in Anspruch genommenen Objects, N aber nur Usufructuar», und nun Solcher Dieses einräumte, M hingegen jenem Eigenthum des O widerspräche, so wäre M der weitere Gegner des O.

Wohl muß jede angreifende Principal-Intervention eine besondere, selbstständige, dem Intervenienten selber zustehende, Klage in sich enthalten; und stellt man nun in concreto diese Klage den, über deren Object, schon streitenden Theilen gegenüber, so müßen, nach ihrer Natur, jenachdem sie eine Zustandsklage, oder eine dingliche,

oder persönliche Klage rc. ist, wenigstens in Rücksicht auf die Eine jener Parteien, die Bedingungen der Passivlegitimation, in der Geschichtserzählung der Interventionsklage, enthalten seyn. So scheint es also, daß diese auch nur gegen Denjenigen jener streitenden Theile gerichtet werden könne, in Bezug auf welchen jene Bedingungen des rechten Beklagten (Handb. S. 120 ff.) vorhanden sind, und daß die Intervention nur dann gegen beide Theile des anhängigen Processes gerichtet werden dürfe, wann sie Beide in jenem Verhältnisse der Passivlegitimation, als Litisconsorten, sich befinden. Möglich ist auch Letzteres. Z. B. A und B liegen im Rechtsstreit gegen einander über die Theilung eines Objects, oder über ein Privilegium, welches Jeder ausschließlich sich beilegt, und jetzt tritt C mit der Behauptung auf: «jenes Theilungsobject ist mein alleiniges Eigenthum», oder: das streitige ausschließliche Privilegium gehört weder dem A noch dem B, sondern ich C bin Monopolist.

Allein die Interventionsklage ist nicht bloß Klage, sondern mehr als diese — sie ist auch Intervention — und als solche soll und will sie dem Theile, welcher in Hinsicht auf jene Klage — diese ausschließlich betrachtet — der rechte Beklagte nicht ist, doch das Recht zur eröffneten Rechtsverfolgung entziehen, z. B. den Kläger an der Fortsetzung seiner Klage gegen den gewählten Beklagten verhindern; und insofern ist sie, als Intervention, zugleich auch wider jenen Kläger zu richten. Will Solcher dem Intervenienten weichen, so hat die Intervention insoweit ihren Zweck erreicht; der Interventionsproceß hört auf, und wird simple Klage gegen den andern, in Rücksicht auf diese, passiv zur Sache legitimirten Theil. Sträuben sich aber beide Parteien des älteren Rechtsstreits gegen den Intervenienten, so sind auch Beide, in dem Interventionsprocesse, legitimi contradictores; und

selbst dann, wann durch das Resultat dieser Zwischenverhandlung die Einmischung des Intervenienten für statthaft, und das Aussetzen des älteren Processes für nöthig, erkannt würde, bleibt der, der Klage des Intervenienten gegenüber, passiv nicht legitimirte Theil (gewöhnlich der Kläger des sistirten Processes) Interessent des neuen Processes: er wird litis consors (Mitvertheidiger) seines ursprünglichen Gegners, und ist dazu legitimirt, des Intervenienten Klagrecht wider jenen seinen nunmehrigen Streitgenossen zu bekämpfen: nicht weil Diesem das von ihm (jenem ersten Kläger) in Anspruch genommene Object gebühre, sondern als negative Litiscontestation auf die Klage des Intervenienten, in dem Gebiete des directen Gegenbeweises, und solcher Einreden, deren Wahrheit das Nichtseyn eines Klagrechts des Intervenienten zur Folge hat, ohne daß hieraus dasjenige Recht hervorgienge, welches sein eigener jetziger Consorte, auf das Object des ursprünglichen Processes, sich zuschreibt. Jener Interessent darf deßhalb die Entbindung seines vormaligen Gegners mitbefördern, damit er den Urproceß gegen denselben wirksam verfolgen könne, oder, wenn solcher unterbrochen worden war, sich von Neuem gegen diesen seinen Beklagten wenden, und den ursprünglichen Rechtsstreit, in der unterbrochenen Lage, fortsetzen dürfe. Man denke sich: in dem Falle der L. 29. pr. Dig. 5. 13. hätte ein Legatar voran, gegen den das Legat verweigernden Testamentserben, geklagt, und pendente hac lite träte ein Intestaterbe, mit der querela inofficiosi testamenti, als Intervenient, auf. Hier würde der klagende Legatar dem von ihm selber beklagten Testamentserben, als Consorte, wider den Intestaterben sich anschliessen dürfen, um das Testament mitzuvertheidigen, um, nachdem dieses gerettet ist, oder auch im Laufe jenes Rechtsstreits, seinen Angriff gegen den Testamentserben fortzusetzen.

2. Die gemischte Intervention, lit. C., ist an sich, dem eigenen Zweck des Intervenienten nach, immer nur gegen den Einen der bereits streitenden Theile gerichtet:

a. entweder als Klage, gegen den seitherigen Beklagten, im Falle der Intervenient dem Kläger, als Litisconsort, sich beigesellen will;

b. oder als Vertheidigung gegen den Kläger, insofern der Intervenient dem Beklagten, als Streitgenosse, zu dem Zweck sich anzuschließen strebt, um sich, durch diesen Proceß, von der rata der nämlichen Verbindlichkeit zu befreien, gegen welche der erste Beklagte bereits sich vertheidigt (S. oben lit. C. Nro. 1. und 2.). Aber in beiden Fällen kann der gesuchte Freund, wie der angegriffene Feind, dem Intervenienten entgegensetzen: «ich bin nicht zwangspflichtig, dieses Einmischen und Anhängen mir gefallen zu lassen.» Der Kläger braucht

α. den intervenirenden Mitkläger nicht zu dulden, weil er seine ratam auch allein verfolgen kann §. 34., und noch weniger, wann er ihm ein gleiches Klagrecht gar nicht zugesteht; er kann sich aber auch

β. den freiwilligen Mitbeklagten verbitten: weil er ja, durch Diesen, gegen das gesetzliche Princip, zur Klage genöthigt würde, §. 95. Der Beklagte ist nicht schuldig,

α. nach festgestellter Streitfrage (vollzogener Litiscontestation), geschehen zu lassen, daß ein neuer Mitkläger die Lage des Processes störe und verrücke, eine zweite Litiscontestation und Vertheidigung ihm abnöthige &c.; und ebenso darf er

β. den freundlich sich nahenden, jedoch unmittelbar sich selber sicher stellen wollenden, Mitgehülfen zurückweisen: damit dieser ihm den Proceß nicht erwei-

tere, und nicht Veranlassung zu störenden Verhandlungen gebe. Auf ein besonderes, das Proceßrecht der schon streitenden Theile beherrschendes, Interesse kann sich ein solcher Intervenient überall nicht stützen, sondern nur auf deren guten Willen. Denn

a. die zwischen Selbigen eintretende res judicata schadet ihm nicht;

b. als einem Separatkläger steht ihm die Gerichtsthür offen; und

c. will er in Klage genommen seyn, so muß er zu einer provocatio §. 244. ff. greifen, wenn deren Grundbedingungen vorhanden sind. Eine diffamatio gegen ihn liegt leichtmöglich in den Acten wider seinen beklagten Miterben, socius und dergl.

3. In Rücksicht auf die bloß accessorische Intervention, lit. D., liegt in deren alleinigem Zweck des bloßen Beistands, daß der nur hierzu sich einmischende Intervenient bloß den Einen der bereits streitenden Theile als seinen Gegner ansehen will — sey dieses der Kläger oder der Beklagte in dem, zwischen diesen, anhängigen Processe. Denn auch zum Vortheil des Klägers ist, wie oben erwähnt, eine solche Intervention denkbar. Ob nun jener Gegner den Anschluß des accessorischen Intervenienten sich gefallen lassen, ob er auch gegen dessen Vorträge sich vertheidigen müße, hängt lediglich davon ab: ob der Intervenient activ zur Sache legitimirt sey, d. h. ob, wenn die Partei, welcher er beistehen will, unterliegen sollte, aus dieser res judicata, unmittelbar sein, des Intervenienten, schon bestehendes Rechtsverhältniß beeinträchtigt werden würde. Ist Dieses (nach den obigen allgemeinen Principien) der Fall, so muß sich auch der Gegner die Intervention gefallen lassen: — die, in Rücksicht auf seinen Hauptgegner, vorhandenen Bedingungen

der passiven Sachlegitimation umschlingen zugleich das Verhältniß des nur accessorischen Intervenienten. Die Partei aber, welche der Intervenient unterstützen will, kann sich diesen Beistand ebenso gewiß verbitten, als sie die Litisdenunciation unterlassen darf; allein sie wird hierdurch wenigstens in den Fällen, in welchen die Litisdenunciation eine Bedingung der Entschädigungsklage ist (Zus. zu §. 196.), diese gegen den zurückgewiesenen Intervenienten sich selber abschneiden, indem sie durch jenes Zurückweisen ausspricht, « sie wolle die Gefahr des Proceßausganges allein übernehmen. » Daß der accessorische Intervenient mit Bewilligung der Partei, welcher er zu Hülfe eilt, ohne Zustimmung und wider den Willen des Gegners, ganz in die Stelle jener Partei eintreten, diese vertreten, solche aber ganz austreten, dürfe: widerspricht dem obigen Princip: « Niemand ist zwangspflichtig, von dem gewählten Gegner sich verdrängen, und einen neuen Gegner sich aufdringen, zu lassen. Archiv, Bd. 3. Abth. 25. S. 425 ff.

Endlich, ad III. zurückgesehen, ergeben sich die Regeln des eigentlichen Procedere, aus den obigen materiellen Principien, von selber.

1. So oft eine Intervention irgend einer Art erfolgt, sind beide bereits streitende Theile von derselben formgerecht in Kenntniß zu setzen, zur Erklärung: « ob sie selbige gestatten oder verweigern wollen. »

2. Entsteht über diese Vorfrage eine besondere Verhandlung, — von Beiden, oder von der Einen jener Parteien, veranlaßt, — so ist dieser Interventionsproceß, als Zwischenpunct, summarisch zu verhandeln: am zwecklichsten in besonderen Acten, und ohne Einfluß auf den Fortschritt in der Hauptsache.

3. Wird eine Principal-Intervention, A oder B,

rechtskräftig abgeschlagen, so erledigt sich hiermit der Interventionsproceß.

4. Wird sie für statthaft erkannt, oder willigen beide ursprünglich streitende Theile in sie ein, so wird die eventuelle Fortsetzung von deren Hauptstreit (in besonderen Acten) dennoch nur dann unterbrochen, wann jene Urparteien Beide Dieses wollen, oder die Principalintervention so präjudiciell ist, daß auch die eventuelle Entwickelung jener Hauptsache rechtsunmöglich, oder offenbar vergeblich, wäre. Ob Dieses der Fall sey, oder nicht sey? ist aus den Verhältnissen in concreto zu ermessen: — kein Gesetz gebietet die Unterbrechung des Urstreits bloß deßhalb, weil ein Principalintervenient auftrete; es soll vielmehr in der Regel kein Proceß auf den andern einen störenden Einfluß haben. L. 14. pr. D. 9. 4.

5. Weicht Eine der ursprünglichen Parteien dem Intervenienten, — sey es der Kläger oder der Beklagte, — so ist hierdurch allein sein Gegner keineswegs genöthigt, den Urstreit aufzugeben, oder ruhen zu lassen. — Der gegen den Intervenienten anstrebende Theil hat nun zwei Processe, welche separat nebeneinander zu verhandeln und zu entscheiden sind.

6. Vereinigen sich beide Urparteien, als Gegner des Principal-Intervenienten, so werden dieselben Litisconsorten. Es folgt aber hieraus dennoch nicht, daß sie den zwischen ihnen selber anhängigen Rechtsstreit sistiren müßten. — Hier können sie ferner Feinde, dort gemeinschaftlich verhandelnde Freunde, seyn.

7. Entsteht, wegen der gemischten Intervention, ein Vorstreit über deren Zulässigkeit, so ist auch dieser summarisch zu verhandeln; und es wird, im Gefolge der obigen Principien (ad II. Nro. 2.), immer ein abschlägiges Erkenntniß erfolgen müßen. Willigten jedoch beide

Urparteien in sie ein, oder stellt Rechtskraft ihre Zulässigkeit fest, so entsteht dennoch kein eigenes Verfahren, welches man den gemischten Interventionsproceß nennen könnte; sondern der Intervenient schließt sich der einen Partei, als Consorte, zur gemeinschaftlichen Verhandlung, an, gerade so wie bei der rein accessorischen Intervention. Jenen Vorproceß «gemischt» zu nennen: wäre ebenso unpaßlich, als die Verwechselung einer gemischten Intervention mit einer gemischten Proceßart unbegreiflich ist.

8. Auch die bloß accessorische Intervention kann ein summarisches Verfahren, über ihre Zulässigkeit, veranlassen; und wird diese erkannt, oder von beiden Theilen bewilligt, so bildet sich ebenfalls ein Litisconsortium auf derjenigen Parteiseite, welcher der Intervenient, nach seinem Zwecke, sich anschließt.

9. Die gemischte und die bloß accessorische Intervention sind, ihrer Natur nach, bei dem Gerichtsstande anzubringen, vor welchem die Hauptsache bereits streithängig ist: denn der Intervenient bezweckt ja gerade nur Theilnahme an diesem Rechtsstreit. Auch folgt Dieses aus den Wirkungen der materiellen Connexität, §. 50. Um dieser willen wird das nämliche Princip auch in Ansehung der Principal-Interventionen aufgestellt; und soviel ist unbezweifelt, daß die Intervention, als solche, — der Interventionsproceß — nur für jenes Gericht gehört. Denkbar aber ist, daß der Intervenient in Ansehung der Klage, welche er, im Gefolge der statthaften Intervention, erheben will, durch Letztere zugleich behaupte, «das von den Interventen gewählte Forum sey incompetent.» Wäre Dieses gegründet, so ist, in dem Decret, welches die Principal-Intervention an sich für statthaft erklärt, zugleich auch dem Intervenienten die

Befugniß zuzusprechen, die Klage selber vor dem competenten Gerichtsstand zu erheben. Hier ist er auch befugt, nur Den als Beklagten zu wählen, welcher in Rücksicht auf diese Klage, als solche, ad causam passiv legitimirt ist; allein cautelarisch läßt er auch den Gegner dieses Beklagten beiladen: sowie dieser Gegner, vermöge seines Interesse, berechtigt ist, dem Interventions-Beklagten, als Streitgenosse, sich beizugesellen Nro. ad II. 1.: während diese beiden Letzteren, als Gegner in dem ursprünglichen Rechtsstreit, diesen dennoch, in dem von ihnen gewählten Foro, fortzusetzen befugt sind, Nro. ad II. 1. a. E., insoweit dieses, durch Prorogation §. 58., competent werden konnte. Wurde in der Unterinstanz die Principal-Intervention für unzulässig, auf erhobene Appellation jedoch für statthaft, erkannt, so ist die Sache, zur Verhandlung auf die Hauptklage des Intervenienten, an das Untergericht zu remittiren: damit den Parteien das jus primae instantiae nicht entzogen werde.

10. Sowie eine Principal-Intervention die Fortsetzung des Urstreits, der Regel nach, nicht ausschließt Nro. 9., so kann sie aber auch in jeder Lage jenes Rechtsstreits Platz greifen. Wurde der ursprüngliche Proceß, vor der Klage des Intervenienten, rechtskräftig entschieden, so ist Letzterer nur dann befugt, die Execution zu hindern (z. B. daß der besiegte Beklagte dem siegenden Kläger das, auch von dem Intervenienten in Anspruch genommene, Streitobject abtrete), wenn er hinreichende Gründe zu einem Realarrest nachzuweisen vermag. Durch Caution des Siegers wird dieser abgewendet oder relaxirt, §. 229. Der Besiegte kann eine Einrede gegen den Vollzug der Execution, aus dem noch anhängigen Processe der Interventions-Klage nicht ableiten — nicht ex jure tertii; jener Sieger aber muß die, in der Interventionssache erfolgende, res judicata auch wider sich gelten las-

sen, hätte er den Intervenienten auch nicht mitbekämpft. Cautel ist es, ihn hierzu zu veranlassen Nro. 9. Arg. L. 63. Dig. 42. 1.

11. Würde eine gemischte Intervention zugelassen, lit. C., so würde auch, ehe die Hauptsache (respective gemeinschaftlich) fortgesetzt werden kann, voran festgestellt werden müßen, was etwa, als factisch, einer Antwort des Interventen bedarf, z. B. Einlassung auf die Mitklage des Intervenienten, wenn diese ein noch ungewisses Factum enthielte; ja der als Mitbeklagter eintretende Intervenient würde auch mit seinen Einreden zu hören seyn, hätte er deren Andere, oder Mehrere, als sein Streitgenosse. Auf keinen Fall kann sie post rem judicatam Statt finden. — Dieses schließt sich, durch ihren Begriff und Zweck, von selber aus.

12. Der bloß accessorische Intervenient kann die Lage des Processes auf keine Weise verrücken. Sie findet zwar so lange Statt, als noch Vertheidigung der von dem Intervenienten unterstützt werden sollenden Partei rechtsmöglich ist; allein durch keine anderen Vertheidigungsmittel als diejenigen, welche die unterstützte Partei selber noch vorschützen dürfte: z. B. nach der Exceptionsschrift keine neuen Einreden ꝛc.

13. Der zugelassene Intervenient darf gegen das, seinem Zweck in der Hauptsache, nachtheilige Erkenntniß auch dann ein Rechtsmittel einlegen, wann sein Consorte bei jener Entscheidung sich beruhigen wollte. L. 29. pr. Dig. 5. 2. Nov. 112. Cap. 1. L. 4. et 5. Dig. 49. 1.

Bemerkung. Ueber das Seyn, den Begriff und den Gegenstand, der gemischten Intervention lit. C. sind die Ansichten der Rechtsgelehrten noch sehr verschieden; vergl. Mittermaier, in dem Archiv für die civil. Praxis, Bd. 2. Abhandl. 24. S. 256 ff. ibi all. Clap-

roth, Danz, Grolman, Glück, Martin, in dem Magazin; Gönner, in dem Handb. und in dem Entwurf eines Gesetzbuchs über das gerichtliche Verfahren. Adjunge Schaumburg, in princ. prax. jud. Lib. I. Cap. 5. Auch ich finde noch manchen Zweifel, indem ich fühle, daß mein, oben lit. C. gegebener, Begriff des Gegenstandes einer gemischten Intervention, insofern diese Principal-Intervention ist, etwas zu eng seyn mag. Ein Intervenient dieser Kategorie muß für sich selber etwas zugesprochen haben wollen; ob aber Dieses gerade ein Quantum, oder eine Quota, oder eine Species, seyn müße? läßt sich bezweifeln. Auch ein Recht an sich kann wohl das Object seyn, welches er, als ihm zuständig, durch eine res judicata, gesichert wissen will. Zugleich aber und sogleich muß er sich, als Beistand, dem Einen der bereits streitenden Theile anschließen wollen. Ist das Interesse dieser Partei mit dem Zwecke des Intervenienten unverträglich, ist dessen Intervention zugleich auch gegen Den gerichtet, welchen er unterstützen will, so sind nur die Bedingungen einer reinen Principalintervention vorhanden. Dahin gehört Mittermaier's erster Fall, S. 260 ff. Und so verhält es sich wohl auch mit dem zweiten Falle S. 261. §. 4. Daß, wenn ein streitender Theil dem Principal-Intervenienten weicht, er sich diesem wohl auch als Consorte anschliessen könne, wurde oben angedeutet, lit. A. und ad nr. II. 1. Sobald man den Begriff und die Gränze der gemischten Intervention zu weit ausdehnt, fällt man in die Confusion einer subjectiven Klagenhäufung, und geräth mit den allgemeinen Grundregeln des bürgerlichen Processes in Widerspruch. Daher wird sie auch als Zwangsrecht des Intervenienten höchst selten sich rechtfertigen lassen. Vergl. lit. C. Das «*unde damus licentiam*» in der Nov. 112. Cap. 1. deutet auf sehr beschränkte Ausnahmen.

§. 295. und 296.

Zu den Principal- und gemischten Interventionen gibt, deren Zweck zu Folge §. 292. ff. lit. A. B. C., gewöhnlich des Intervenienten eigener Entschluß Veranlassung. Es ist aber auch rechtsmöglich, daß ein Dritter besonders aufgefordert werde, in einen anhängigen Rechtsstreit sich einzumischen. Zu diesen Aufforderungsmitteln rechnet man:

1. die Adcitation, §. 295. Manche betrachten sie als ein richterliches Pflichtrecht *), vorauszusehende Processe abzuschneiden, und deßhalb Diejenigen ex officio beizuladen, welche ein unmittelbares Interesse hätten an dem Ausgang des zwischen andern Personen anhängig gewordenen Processes, und an dem Schicksal von dessen untheilbarem Objecte. Vergl. insonderheit Gönner, in dem Handbuch, Bd. 2. Abh. 19. Allein abgesehen von der Nov. 99. ist kein positives Gesetz erfindlich, welches auch nur scheinbar eine Ausnahme von dem überall hervortretenden Princip rechtfertigen könnte: «der Richter kann, bloß von Amts wegen, Niemanden zur Klage nöthigen, oder dazu, die Rolle eines Beklagten zu übernehmen.» Vergl. Zus. zu §. 292. ff. Selbst die in der Vulgata schlecht übersetzte Nov. 99., welche voran von dem, den correis debendi, gegen die Regel des älteren Rechts, verstatteten beneficio divisionis spricht, dabei jedoch den Gläubiger gegen Versplitterung seiner Rechtsverfolgung gegen die einzelnen, nicht in solidum haftenden, Bürgen sichern will, läßt sich nicht so geradehin von einer bloß officiellen Beiladung der nicht mit in Klage genommenen Mitbürgen verstehen; sondern sie setzt stillschweigend voraus, daß der Gläubiger, vermöge seiner

---

*) Soll heissen: als einen Ausflußact der richterlichen Pflicht. M.

Befugniß, sämmtliche Mitbürgen, als Consorten, der materiellen Connexität ihrer Verbindlichkeit wegen, vor dem gemeinschaftlichen judex fori domicilii, oder vor dem vertragsmäßigen Schiedsrichter, zusammen in Klage genommen habe. In jenem und diesem Falle soll der angerufene Richter oder Schiedsrichter, respective unmittelbar, respective durch Requisition des ordentlichen Richters, alle Mitbürgen, als Gesammtbeklagte, vorladen und behandeln, auch una eademque sententia das Verbindlichkeits-Verhältniß jedes Mitbeklagten zu dem klagenden Gläubiger, aussprechen. Hiermit ist also nur das ältere, die Litisconsorten betreffende, Proceßrecht, dessen Derogation nicht vermuthet werden darf, als auf das neuconstituirte Verhältniß mehrerer Mitbürgen anwendbar, bezeichnet und bestätigt. Und hätte Justinian hierin etwas Neues festsetzen wollen, so würde es wenigstens auf jenes Verhältniß der Mitbürgen um so gewisser und strenger zu beschränken seyn, weil dieses neue Princip mit der allgemeinen Grundmaxime des älteren Rechts im directen Widerspruch steht, und, als allgemeine Regel, eine ganz neue inquisitorische Proceßart bilden würde. L. 14. 15. 16. Dig. 1. 5. L. 141. Dig. 50. 17. Alle von Gönnern angezogenen Gesetze sprechen mehr gegen eine richteramtliche Adcitation, als für diese; und was er einer guten Gesetzgebung angemessen glaubt, führt zur schädlichsten Willkühr des Richters, welcher durch die ihm offen stehende Adcitation sich die Rechte eines Klägers anmaaßen, oder den Advocaten des Beklagten spielen, dürfte. Selbst wenn das objectum litis so untheilbar wäre, daß die Beiladung dritter Subjecte nöthig wird, um den anhängigen Proceß zu entscheiden (z. B. in judicio finium regundorum, de communi dividundo und dergl.), so ist es doch vorerst die Sache des Beklagten, die Einrede aufzustellen: er, oder der Kläger, habe der-

gestalt mehrere Streitgenossen, daß er, Beklagter, für sich allein passiv, der Kläger allein aber activ, zur Sache nicht legitimirt sey, Letzterer also zu viel von ihm fordere. Zusatz zu §. 34 und 35. Diese Einrede befugt, wenn sie liquid ist, den Richter bloß dazu, die Klage als angebrachtermaaßen unstatthaft zu verwerfen, — selbst ex officio, wenn sich ihr Grund aus der eigenen Geschichtserzählung des Klägers ergibt; keineswegs aber gibt jenes Verhältniß dem Richter das Recht, sogleich alle zur Sache activ oder passiv legitimirte Subjecte, die weder geklagt haben, noch beklagt worden sind, von Richteramts wegen, zu nöthigen, Mitkläger oder Mitbeklagte zu seyn. Dies wäre eine überspannte Inquisitions-Maxime in dem Civilprocesse, welche weit eher Inconsequenzen hervorbringen würde, als Beförderung der Justizpflege. Vergl. Lotz, in der civilist. Abh. 1820. Nro. I.

Eine von dem ausdrücklichen Verlangen des Klägers oder des Beklagten ausgegangene adcitatio, im engeren eigentlichen Sinne, läßt sich bloß in dem Falle denken, wo zwischen dem einen streitenden Theil und dem dritten beizuladenden Subject, in Bezug auf den vorliegenden Rechtsstreit, eine solche juristische Einheit besteht, daß die zu vollziehende processualische Handlung, ihrem Zwecke nach, von jenem Dritten zu vollziehen ist: z. B. die zu §. 213. Nro. 3. erwähnte Eidesleistung des Cedenten. In andern Fällen wird die vom Kläger oder Beklagten, nach eingetretener Litispendenz, geforderte Beiladung eines dritten Subjects, «um die Rolle eines Mitklägers oder Mitbeklagten zu übernehmen»: nur dann als erlaubt sich darstellen, wann sie dem Gebiete der nominatio seu laudatio auctoris Nro. 2., oder der litis denunciatio Nro. 3., angehört, mithin adcitatio, im engeren eigentlichen Sinne, nicht genannt werden kann; übrigens aber — wo Jenes nicht der Fall ist — als unerlaubte mu-

tatio processus sich darstellen, welche der Richter ex officio zurückweisen muß, wenn nicht beide streitende Theile ihren Consens zum Eintritt anderer Subjecte in den anhängigen Rechtsstreit, verbis vel factis, deutlich erklären. Es kommen dann die Principien von der gemischten Intervention zur Anwendung. Vergl. den Zus. zu §. 292. ff.

2. Die *nominatio* seu *laudatio auctoris*, §. 295. Es ist solche nichts Anderes als die exceptio deficientis legitimationis passivae ad causam eines solchen, mit einer dinglichen (Mittermaier, in dem Archiv für die civilist. Praxis, Bd. 3. Abh. 24. §. 4.) Klage belangten, Beklagten, welcher das Object der Klage zwar besitzt, jedoch alieno nomine: in Verbindung mit der Benennung des Civilbesitzers, als des rechten Beklagten. — Z. B. der von A, mit der Eigenthumsklage, belangte B excipirt: ich besitze nur als Pachter des C. Ihr Zweck ist nicht, daß dieser Beklagte einen Beistand (jenen C) herbeiziehen wolle; vielmehr will der Beklagte, durch die Benennung des zur Klage passiv legitimirten Subjects, sich gänzlich und für immer aus dem Processe ziehen. Diesem Zweck zu Folge muß jene Einrede der Einlassung vorausgehen und schleunig erwiesen werden, wenn der Kläger sie nicht für gegründet anerkennen will *). Un-

*) Dies scheint mir ebenso wenig gegründet als die entgegengesetzte Meynung von Reinhardt (Handbuch des Processes, Bd. I. S. 91): daß, in diesem Falle, der Kläger beweisen müße, der Beklagte sey der wahre Beklagte (denn nach l. 9. D. 6. 1. ist Letzterer dieses wirklich, als geständiger detentor, ebenso gut wie der Civilbesitzer). Die nominatio auctoris ist nämlich, nach l. 2. Cod. 3. 19., keine Einrede, sondern vielmehr ein Verzicht auf die Vertheidigung des Naturalbesitzes, unter der Resolutivbedingung, daß der, ex officio et humanitate judicis aufzufordernde, Civilbesitzer die Vertheidigung der res vindicata nicht übernehmen wollen werde. M.

wahres Ableugnen des, die Passivlegitimation begründenden, Besitzes zieht eine poena inficiationis nach sich, welche darin besteht, daß der Beklagte den Besitz, an den Kläger, abtreten muß, jedoch unbeschadet der petitorischen Rechtsverhältnisse. Das Wesen der nominatio auctoris, den auf sie folgenden Proceßgang, den Sinn der L. 2. Cod. 3. 19. L. 80. Dig. 6. 1. und Nov. 18. Cap. 10. etc., habe ich zu erörtern gesucht in dem Archiv für die civilist. Praxis, Bd. 3. Abh. 25., womit Mittermaier's vorausgehende Abhandlung Nro. 24. zu vergleichen ist.

3. Die *litis denunciatio*, Proceßankündigung, §. 296. Diese ist weder Klage noch Einrede: sie bezweckt nicht die Beiladung eines Dritten, zur Wahrung von dessen unmittelbarem Interesse Nro. 1.; auch nicht, wie die nominatio auctoris, die gänzliche Entbindung des Beklagten von dem Processe Nro. 2.; sondern das Beirufen eines Gehülfen der Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung, wenigstens aber die Sicherung einer Regreßklage gegen einen Dritten, durch die Solchem ertheilte Notiz (i. e. denunciatio) vom erfolgten Eintritt des Rechtsstreits. Sie ist also die Aufforderung zu einer rein-accessorischen Intervention, und findet dann Statt, wann dem Kläger oder dem Beklagten der Verlust eines Rechts droht, welches ihm jener Dritte (Litisdenunciat) zu gewähren hat, oder wofür er ihm, dem Denuncianten, Entschädigung leisten muß. Ihr nächster Zweck ist, daß jener Dritte, — seines mittelbaren Interesse, d. h. seiner eventuellen Entschädigungs-Verbindlichkeit, wegen, — Antheil an dem Processe nehmen möge, um den Gegner mitüberwinden zu helfen. Der Regel nach wird der beklagte Theil seine Zuflucht zur litis denunciatio nehmen, und also verlangen, «der Litisdenunciat solle mit ihm gemeinschaftliche Sache machen, um den Kläger zurückzutreiben» (z. B. der Käufer A denuncirt dem Ver-

käufer B litem, weil die Ersterem tradirte Sache, von dem C, als Eigenthum gerichtlich in Anspruch genommen wird); allein auch auf Seiten des Klägers ist litis denunciatio denkbar, (z. B. der Cessionar denuncirt dem Cedenten, nach, gegen den Cessus, erhobener Klage*), litem, weil Letzterer die Schuld verneint, oder peremtorische Einreden vorschützt).

Nach röm. Rechte (s. die im Lehrb. angef. Gesetze) ist die litis denunciatio so lange gestattet, als nur die Definitivsentenz nicht ganz nahe bevorsteht; allein nach deutschem Processe, in welchem das Vorbringen der Parteien an gewisse Stellen gefesselt ist, z. B. die Einreden, Repliken ꝛc., und wo peremtorische und Präclusiv-Fristen weiteres Gehör des, in diesen, verabsäumten Vortrags abschneiden, kann der herbeigerufene Denunciat, auf jeden Fall, nur die Art der Angriffs- oder Vertheidigungsmittel suppeditiren, und nur diejenigen Beweise beibringen, welche, nach der Lage des Processes, dem Denuncianten selber noch offen stehen. Cautel ist es also für den Kläger, daß er vor der Replik, für den Beklagten aber, daß dieser vor der Exceptionsschrift, die litis denunciatio vollziehe: wenigstens in jenem Vortrag sich bedinge, «daß auch die Erklärung des Litisdenunciaten, vor dem weiteren Fortschritt in den Wechselverhandlungen, abgewartet werde»: damit respective die Replik-

---

*) In diesem Falle wird die litis denunciatio schon vor Anstellung der Klage geschehen müßen: denn die aussergerichtliche Weigerung des Gegners belehrt den Denunciationspflichtigen schon von der Nothwendigkeit der Klage. Da nun aber von dem Klaginhalte das Schicksal des ganzen Processes abhängt, so gehört es gewiß zur diligentia des Entschädigungsberechtigten, seinen Autor schon zur Unterstützung dieses ersten Hauptangriffs zu veranlassen. M.

schrift, respective die Exceptionsschrift, ergänzt werden könne.

Die Streitfrage: ob die denunciatio litis zur Sicherung der Regreßklage nothwendig sey, oder nicht? ingleichem: ob sie nur bei wahren Evictionsfällen, oder auch bei anderen denkbaren Entschädigungs-Ansprüchen, Statt finde? (vergl. Thibaut, §. 1270. Gönner, l. c. Leyser, spec. 241. Claproth, §. 461.), ist dahin zu entscheiden:

a. in Evictionsfällen ist sie necessitatis: die Unterlassung zieht Verlust der Entschädigungsklage nach sich, L. 53. §. 1. D. L. 8. et 20. Cod. de evict. C. 1. Cod. 4. 48.;

b. in den übrigen Fällen ist sie facultatis. Danz, §. 488. Kind, quaest. for. T. IV. Cap. 26. Dagegen läßt sich die L. 10. §. 17. Dig. 17. 1. nicht anführen: weil sie von einer wissentlichen bösabsichtlichen Unterlassung spricht. Struben, in den rechtl. Bed. Th. 2. Bd. 16. Mevius, in decis. P. 5. decis. 289. Auch schadet die Unterlassung dann in keinem Falle, wann des Autors Unrecht klar vorliegt. L. 11. §. 12. Dig. 19. 1. Weber in den Beiträgen zur Lehre von Klagen und Einreden, St. 1. Abh. 5. Nro. 1. Gönner, a. a. O. Abh. 17. §. 6.

Uebrigens ist der Litisdenunciat nicht zwangspflichtig, die Vertheidigung des Litisdenuncianten zu übernehmen, wenn er sich die Folge des Processes gefallen lassen will. Die Ladung an ihn ist bloß monitorisch. Daher ist es auch zwecklos, denselben des Ungehorsams zu beschuldigen. Durch die Litisdenunciation, geschehe sie gerichtlich oder außergerichtlich, und sorgt nur der Litisdenunciant für den Beweis, daß sie geschehen sey: ist dieser wegen des Rückanspruchs an den Litisdenunciaten,

insoweit derselbe begründet ist, gedeckt: es muß der Litisdenunciat die res judicata wider sich gelten lassen, wenn nur der Litisdenunciant den Proceß diligenter, und mit Benutzung aller ihm bekannten Vertheidigungsmittel, fortgesetzt hat. Auf jene vergebliche Ungehorsamsbeschuldigung hat der Richter nur zu erkennen: «weil die Litisdenunciation gehörig geschehen sey, so bewende es noch zur Zeit hierbei.» Hommel, in Rhaps. qu. for. Obs. 191. Vergl. auch Gönner, a. a. O. Grolman, §. 159. Danz, §. 488.

Sollte der Litisdenunciat erscheinen, so ist er lediglich als accessorischer Intervenient, auf Seiten des Litisdenuncianten, anzusehen. Dieser bleibt die Hauptperson, und der Gegner braucht sich dessen Zurücktritt aus dem Processe nicht gefallen zu lassen, wollte auch der Litisdenunciat ihn gänzlich vertreten. Dieses kann nur insoweit geschehen, als der Litisdenunciat zugleich als Procurator des Litisdenuncianten, von diesem, bevollmächtigt wird. Die Verurtheilung ist dennoch gegen den Litisdenuncianten auszusprechen, wenn dessen Sache rechtsfällig wird. Vergl. Zus. zu §. 192. ff. Nro. ad II. 3., und zu dieser ganzen Lehre Gönner, Grolman und Danz, a. a. O.

§. 297. und 298.

1. Im Falle wenn der Richter auf ein zeitig angebrachtes, auch an sich statthaftes, Fristgesuch nicht decretirt (es nicht ausdrücklich abschlägt), so wird im Zweifel, besonders da Versäumnisse in dubio für nicht eingetreten zu achten sind, die Gewährung der gebetenen Frist, vom Ablauf der Vorigen an, angenommen. Es ist Cautel, den Richter um jene stillschweigende Erstreckung, in dem Fristgesuch, ausdrücklich zu bitten.

2. Von den Fristen überhaupt, inwiefern, und unter welchen Bedingungen, selbige der Richter verlängern dürfe, siehe den Zusatz zu §. 116.

3. Unthätigkeit und Langsamkeit des Gerichts begründet dessen Perhorrescenz, und die Bitte an das Obergericht: die Acten zu avociren, damit ein forum extraordinarium bestimmt werde, §. 57.; aber auch Beschwerden bei dem Obergericht, §. 263. In dem ordentlichen Processe kann sich der zögernde Richter mit dem noch nicht eingetretenen Ablauf einer monatlichen Frist entschuldigen; nicht aber da, wo periculum in mora schnelle Förderung erheischt. Vergl. auch §. 26.

§. 299. und 300.

A. Die Verbindlichkeit der streitenden Theile, Cautionen, vor und nach dem Proceßgange, zu bestellen: war schon in dem älteren und neueren römischen Rechte verschieden. Tit. Inst. de satisdat. Nov. 112. Cap. 2. et Nov. 96., und die deutschrechtliche Praxis weicht auch von dem neueren römischen Rechte bedeutend ab. Thibaut, §. 1265. ff. Glück, zu Hellf. §. 242. ff. Nach deutschrechtlicher Doctrin und Praxis bestellt

I. der Kläger Sicherheit

1. pro *expensis:* i. e. wegen der Unkosten, die er dem Beklagten durch die, diesem abgenöthigte, Proceßführung rechtswidrig veranlassen werde. Die, nicht nach der Größe des objecti litis, sondern nach der Wahrscheinlichkeit des Kostenverlags, abzumessende, Summe ist, wenn nicht Landesgesetze einen Maaßstab darbieten, richterlich zu arbitriren, und steigt selten über 50 Rthlr. im 20 fl. Fuß. Von Richteramts wegen wird sie, ohne landesgesetzliche Vorschrift, nicht auferlegt; sondern der Beklagte muß sie, durch die exceptio *dilatoria* praestandae cautionis pro expensis, ausdrücklich fordern: da sie nur eine privatrechtliche Befugniß betrifft. Ist sie auferlegt, und wird nicht geleistet, so kann der Beklagte den Fortschritt in der Sache verweigern, und Entbindung von der

Instanz verlangen. Sie ist durch, in foro litis *pendentis*, ansässige Bürgen, oder durch Pfand, i. e. Hinterlegung baaren Geldes, oder gleichwerthiger leichtveräußerlicher, dem Gelde gleich aufzubewahrender, Sachen, z. B. Pretiosen rc. zu bestellen. Von ihr befreit Ansässigkeit mit unbeweglichem, oder diesem gleichzuachtendem, wenngleich verschuldetem, Vermögen in foro *litis pendentis*; nicht aber eine dingliche Klage. Arg. L. 15. §. 2. Dig. 2. 8. Thibaut, §. 1268. Glück, a. a. O. §. 248. Wernher, P. 7. Obs. 117. Berger, in Oec. jur. Lib. 4. Tit. 19. Th. 2. ff. Manche Landesgesetze halten die Ansässigkeit im Lande für ausreichend. —

2. Pro *reconventione:* in dem Falle, wann die Wiederklage eine Uneigentliche, oder Nachklage, seyn soll, deren erheblicher Grund in der Exceptionsschrift angegeben ist, und wann jene Caution vom Beklagten, als künftigem Wiederkläger, gefordert wird, dabei auch das einem anderen foro unterworfene, wiederbeklagt werden sollende, Subject keinen der unter Nro. 1. bemerkten Befreiungsgründe für sich hat. Denn diese cautio ist ein Votstand de *judicio sisti*, und kann ebendaher nicht gefordert werden, wann der Beklagte die Wiederklage der Exceptionsschrift anhängt: damit *simultaneo processu* darüber mitverfahren und erkannt werde. Thibaut, §. 1267. — Danz, §. 479. Note c. Eine andere Frage ist jedoch: ob nicht der Wiederbeklagte, von dem nicht ansässigen Wiederkläger, Sicherheit wegen der Unkosten der Wiederklage fordern könne? Dieses ist zu bejahen: weil der Wiederbeklagte ein Beklagter ist, und alle dessen Befugnisse in Anspruch nehmen kann. Die cautio pro reconventione wird ebenso wie die cautio pro expensis bestellt, und gewöhnlich mit dieser zugleich, auch gleich groß, bestimmt. Sie ist keine cautio judicatum solvi,

und daher keineswegs nach dem Object der Wiederklage abzumessen. Vergl. Glück, a. a. O. §. 245. —

3. De *prosequenda lite:* wenn der Beklagte, nach einem von dem Kläger verschuldeten Ungehorsam, von der Instanz, ohne Verwerfung der Klage, entbunden wurde §. 156., und hierauf der Kläger den Proceß erneuern und fortsetzen will. Sie kann, eines Theils, als eine fernerweite cautio pro expensis, andern Theils als Sicherheit für vergeblichen Zeitaufwand, angesehen werden, und wird daher ebenfalls, wie die cautio pro expensis, nach richterlichem Ermessen bestimmt. Wernher, P. 2. obs. 437. —

4. De *judicato restituendo:* in dem Falle, wann eine Separat-Wiederklage (Nachklage) begründet wurde §. 148., in der, durch eine schleunige Proceßart, begünstigten Hauptsache jedoch die Hülfsvollstreckung erfolgt, (z. B. auf die liquide Executivklage), und nun der in foro litis pendentis nicht ansässige Kläger (und Wiederbeklagte) jenes erstrittene Object an sich nehmen will. In diesem Falle kann der verurtheilte und zahlende Beklagte (nunmehr Wiederkläger) verlangen, daß entweder das geleistete Object der Hauptklage, im Gericht, deponirt bleibe, oder sonst gerichtlich conservirt werde, oder daß der Wiederbeklagte auf so hoch Caution, gleichsam de judicato solvendo, bestelle, als das vom Vorbeklagten geleistete Object, an Werth, beträgt. Das römische Recht kennt diese Caution nicht; wohl aber verordnet das canonische Recht eine ähnliche Sicherheits-Bestellung. Cap. 6. X. 1. 41. —

II. Der Beklagte, welcher, der bei den Römern gebräuchlichen Privatladungen wegen (vocatio in jus), und wegen der Schwierigkeit, ihn jedesmal aufzufinden, cautionem judicatum solvi dann prästirte, wann er mit einer

Realklage belangt wurde, Glück, §. 244., Thibaut, §. 1266., leistet heut zu Tage

1. die cautio *de judicio sisti*, in den beiden im Lehrbuche angeführten Fällen. Glück, §. 245.;

2. die cautio *de judicato solvendo* aber nur

a. als Wiederbeklagter, in tantum (conf. Nro. I. 4.),

b. oder wann der Kläger zu bescheinigen vermag, der Beklagte verschleudere sein Vermögen: so daß ein Object der Hülfsvollstreckung fehlen werde. Doch können in diesem Falle auch Arrestverfügungen erwirkt werden, §. 242. Die Proceßart, kann eine Befreiung von den Cautionen nicht begründen. Doch pflegt man anzunehmen, in Ehesachen falle die cautio pro expensis hinweg, und auch dann, wann der Kläger durch Provocation zum Klagen genöthigt wurde. Sicherer ist es auf den Concursproceß anwendbar. Vergl. Thibaut, l. c. §. 1267. Note k.

B. Ueber das Armenrecht siehe mein Handb. Thl. 1. S. 119 ff.

C. Wer zur Caution pflichtig ist, und zwar Vermögen besitzt, jedoch weder hiervon die Caution bewerkstelligen, noch Bürgen auftreiben, kann, wird, wie die römische persona illustris, zur eidlichen Caution zugelassen. Thibaut, l. c. §. 1268. Glück, §. 247.

D. Der bedeutend salarirte Staatsbeamte ist, insofern sein Sold als objectum executionis dienen kann, von dem Vorstand wegen der Unkosten, nach der Praxis, frei, ohne eidliche Caution zu leisten.

E. Die cautio *rati* der Anwälte und muthmaaßlichen Bevollmächtigten §. 57. muß, der Strenge nach, von dem Nichtangesessenen, ebenfalls durch Bürgen oder Pfand geleistet werden. Erfolgt die ratihabitio nicht, so muß der de rato cavens id quod (dem Gegner) interest prästiren,

und die Unkosten zahlen. Wernher, in sel. obs. for. P. 1. obs. 147. Berger, in Oec. for. Lib. 6. Tit. 9. Th. 2. not. 10.

§. 301.

Justinian verordnete einen generellen, von beiden Theilen und deren Anwälten, bei dem Anfange des Processes, absolut abzuschwörenden, Gefährdeeid (Eid gegen Chicane, siehe Danz, a. a. O. §. 366.), und hob hiermit die speciellen Gefährdeeide auf, welchen die Parteien, bei einzelnen Proceßhandlungen, von einander fordern konnten. L. 2. Cod. 2. 29. Nov. 124. Cap. 1. Das canonische und deutsche Recht stellten die juramenta calumniae specialia wieder her, ohne jenes generale ausdrücklich aufzuheben. Cap. 1. und 2. X. 2. 4. Reichsabschied v. J. 1654. §. 43.; allein in der Praxis erlosch jener allgemeine Gefährdeeid, und auch den Speciellen kann die Partei ihrem Gegner erlassen. Dieser besondere Gefährdeeid erscheint vorzüglich

1. bei Gesuchen um Fristerstreckung, §. 116. 297.;

2. als Appellations- und Restitutionseid, und im Fall eine Partei sonst neu aufgefundene Beweismittel, nach einem peremtorischen Beweistermin, noch benutzen will. Zusatz zu §. 174. §. 281. §. 285. Doch mischt sich hier auch die Natur eines Bescheinigungseides bei, wie Solches auch im Falle 1. nicht selten eintritt.

3. Als juramentum dandorum et respondendorum §. 307., insofern Positionen noch gerichtsgebräuchlich wären.

4. Bei der Eidesdelation, §. 215. Aber auch sonst kann er vom Gegner verlangt werden, so oft dieser den Verdacht einer Chicane wider sich aufregt. Von Personen, denen man besondere Ehrfurcht schuldig ist, z. B. Aeltern, Lehnsherrn und dergl., darf die Partei den Gefährdeeid nicht fordern; auch nicht von der öffent-

lichen Amtsperson, welche, ohne speciellen Verdacht einer eigenen Chicane, von Amts wegen einen Rechtsstreit führt. Doch sind diese Ausnahmen auf den Fall nicht auszudehnen, wenn der sogenannte Gefährdeeid zugleich Bescheinigungseid ist. Vergl. Nro. 1. 2. Des Principals Verweigerung des Abschwurs des allgemeinen Gefährdeeides hatte den Verlust der ganzen Sache zur Folge: — der Kläger wurde mit der Klage abgewiesen, — der Beklagte verurtheilt. Auth. Principales rel. ad leg. 2. Cod. 2. 59. Er kann durch Specialbevollmächtigte abgeschworen werden, mit Einschluß des speciellen Gefährdeeides. Die Verweigerung von Seiten der Nebenpersonen schloß diese vom Processe aus, und hatte auch andere Strafen zur Folge. Welche Partei ein ihr obliegendes besonderes juramentum zu schwören verweigert, verliert einerseits den Vortheil, in welchen sie die Ableistung hätte versetzen können, z. B. die Fristerstreckung, die Befugniß nova vorzubringen und dergl.; andrerseits wird der Gegner von einer ihm obliegenden Handlung frei; und folgeweise kann sie der Verlust der ganzen Sache treffen. Zusatz zu §. 218. Durch den Gefährdeeid wird das Daseyn eines *doli mali* abgeschworen; nicht aber das Daseyn einer temeritas, — i. e. culpa lata (im Gegensatz des doli mali) beseitigt; daher auch jenen Schwörenden die Folgen der leichtfertigen Streitsucht, z. B. Verurtheilung in die Proceßkosten, treffen können. Handbuch, Bd. 1. S. 341 ff. Auch ist er, der Regel nach, kein Beweiseid, und verrückt die Beweislast auf keine Weise, z. B. das juramentum dandorum et respondendorum §. 307. Danz, a.a.O. Thibaut, P.R. §. 1161. ibi leg. et JCti all.

§. 302.

Provisorische Verfügungen — *interimistica* — sind richterliche Decrete, durch welche über das objectum

litis vel executionis, schon vor entschiedener Hauptsache, vorläufig und bis auf Weiteres, gerichtlich verfügt wird. Sie sind eine Ausnahme von den Grundregeln:

1. mit der Execution darf nicht angefangen werden, §. 17., und

2. pendente lite nihil innovandum est, §. 142. Sie gränzen an polizeiliche Maaßnehmungen, und finden daher im Civilprocesse nur Statt:

1. bei vorhandener gegründeter Besorgniß der Erschwerung, oder Vereitlung, der Rechtsverfolgung (z. B. Arrest, Sequestration) und

2. im Falle einer Gefahr, daß die streitenden Theile, in Rücksicht auf das Streitobject, zu Gewaltthätigkeiten, zur Privathülfe, vorschreiten möchten. Darauf beruht der Schutz im jüngsten Besitz, als provisorium §. 248.

3. Im Falle wenn für das Recht des Klägers eine Rechtsvermuthung streitet, der Beklagte aber nur solche Einreden vorschützen kann, welche einer weiteren Erörterung bedürfen, und zugleich periculum in mora vorhanden ist: z. B. die Verurtheilung zur interimistischen Alimenten-Verabreichung ob praesumtam paternitatem, bis zur Entkräftung dieser Präsumtion.

Soll der Richter zu einer provisorischen Verfügung befugt seyn, so muß

a. das *periculum* in der Natur der Sache liegen, oder von dem dasselbe verlangenden Theil besonders bescheinigt werden;

b. das Besitzrecht Dessen, gegen welchen interimistisch verfügt werden soll, muß so wenig als möglich gekränkt werden; und

c. es muß von einer Partei auf das provisorium, ausdrücklich und mit Rechtsgrund, angetragen werden:

denn ex officio ist es nur im Falle einer Collision des öffentlichen Wohls, oder klar vorliegender Gefahr gewaltthätiger Selbsthülfe, zu verfügen. Ist es verfügt, so wird es doch durch die rechtskräftige Entscheidung der Hauptsache wieder aufgehoben, wo es dann entweder in die Execution übertritt, oder Ersatzforderung für das interimistisch Gegebene, oder für das einstweilen Entbehrte, zur Folge haben kann. Siehe Gönner, Handb. Bd. 4. Abh. 79.

§. 303.

Eben zu dem Zwecke, damit die verloren gegangenen Gerichtsacten streithängiger Rechtssachen, aus den Manualacten der Rechtsbeistände, wieder hergestellt werden können: sind Letztere zum sorgfältigen Sammeln und Aufbewahren der Concepte, und der gerichtlich zugefertigten Decrete, Communicate ꝛc., zwangspflichtig: zumal da diese Privatacten eigentlich der Partei zugehören.

§. 304.

Auch der freiwillige Beweis (probatio anticipata §. 151.) darf, von Urkunden abgesehen (§. 137.), nicht eher angetreten werden, als bis der Beklagte auf die Klage geantwortet hat, und hierdurch bestimmt ist, was an dem Grund der Klage verneint wurde: i. e. bis die Streitfrage festgestellt ist. Im Falle jedoch wenn entweder,

a. vor Eintritt dieser Lage der Acten, Gefahr eintritt, daß ein Beweismittel verloren gehen könne, ehe es zum Beweise producirt, und sein Gebrauch realisirt, werden kann, oder auch

b. nachher, im Gange des Processes, vor und nach der litis contestatio, vor und nach dem Beweisinterlocut, jener Verlust droht (Note a.), so darf der künftige Beweisführer darauf antragen: daß mit dem in Gefahr schwebenden Beweismittel sofort, ohne Verzug, nach

Verhältniß der Gefahr, schleunigst Alles vorgenommen werde, was zur Sicherung und Erhaltung des Resultats von jenem Beweismittel nöthig ist: z. B. daß der kranke Zeuge, ohne Verzug, vereidet und verhört, und seine Aussage einstweilen verschlossen aufbewahrt, werde. Dieses nennt man vorzugsweise den außerordentlichen Beweis: theils ratione *temporis*, theils weil das periculum in mora ein schleuniges außerordentliches Verfahren begründen kann. Und weil sein Resultat bis zum künftigen Gebrauch aufbewährt werden soll, so erhält er auch den Namen: probatio in *perpetuam rei memoriam* — Beweis zum bleibenden Gedächtniß. Die Gesetze reden hauptsächlich von kranken und alten Zeugen; allein ihr Grund, *ne veritas occultetur*, gibt zu erkennen, daß er auch mit Urkunden geschehen könne, — sowie auch durch Ocularbesichtigung, insofern deren Gegenstand sich verändern oder gar verschwinden könnte; deßgleichen durch Kunstverständige, wenn ein besonderer Grund vorhanden wäre, das Erachten eines bestimmten Sachkundigen zu erhalten, und für die Zukunft zu sichern. Von der Eidesdelation läßt es sich nicht behaupten, da diese nicht verloren gehen kann.

Ob in der Procedur eines Beweises zum bleibenden Gedächtniß, die regelmäßigen Formälien zu beobachten sind, oder übergangen werden können: hängt von dem Grade und der Nähe der vorhandenen Gefahr des Verlustes ab. Ist z. B. der Zeuge todtkrank, so kann er ohne alle Beweiscommunication an den Gegner, und ohne dessen Fragstücke, vernommen werden. So oft aber und so weit es möglich bleibt, sind die Formalien zu beobachten, und ist des Producten Beiziehung zu verfügen. Auch kann im Nothfalle der Richter Fragstücke entwerfen, oder für den Producten einen Anwalt ex officio bestellen, §. 189. Höchste Gefahr im Verzug be-

rechtigt den Beweispflichtigen, den in foro litis pendentis nicht wohnenden kranken Zeugen unmittelbar von dessen ordentlicher Obrigkeit verhören zu lassen, gegen die Regel des §. 170. Nro. III.; ja, im äußersten Nothfalle, von einem Notar. Ist der Proceß zu dem Beweistermin, im Gange der Hauptsache, vorgerückt, so muß das in perpetuam rei memoriam benutzte Beweismittel, bei der Antretung jenes ordentlichen Beweises, zum wirklichen Gebrauch, bezugsweise inducirt werden; und hier kann, in dem Productionsverfahren, auch noch weiter über eben dieses Beweismittels Zulässigkeit und Glaubwürdigkeit gestritten und erkannt werden. Da übrigens Der, welchem eine Klage droht, nicht weiß, wann der Kläger damit hervortreten werde, zur Provocation aber (vergl. Zusatz zu §. 245. ff.) man nicht zwangspflichtig ist, so kann er den Beweis zum bleibenden Gedächtniß, wenn dessen Bedingungen vorhanden sind, sogar vor Anfang des Processes antreten. Muster von solcher Beweisantretung, auch Literatur, findet man in meinen gedruckten außers. Acten, Beilage Nro. XVII. XVIII. XIX.

§. 305. und 306.

In Rücksicht auf die Frage: wer ist zur Urkunden-Edition zwangspflichtig? unterscheide man:

A. Ist der Besitzer ein Dritter, d. h. weder streitender Theil, noch bei dem Ausgange des Processes interessirt, so können beide Theile die Edition von ihm verlangen, sofern er auch pflichtig wäre, als ernannter Zeuge seine Wissenschaft zu eröffnen. Arg. L. 16. Cod. 4. 20. mit L. 22. Cod. 4. 21. Wäre jener Dritte der Fiscus, so kann dieser Caution verlangen, daß die Urkunde nicht wider ihn und den Staat gebraucht werde. L. 46. §. 6. Dig. 49. 14.

B. Ist der Besitzer Einer der streitenden Theile, und

1. der die Edition verlangende Theil hat Eigenthumsrechte an dem Document, so ist der Besitzer zur Edition pflichtig: er sey Kläger oder Beklagter. L. 7. Cod. 2. 1. L. 46. §. 5. Dig. 27. 7. L. 5. Dig. 10. 2. L. 4. Cod. 4. 21.

2. Hat derselbe aber keine Eigenthumsrechte, und will

a. die Urkunde zu einem Angriff wider den Besitzer (zu einem Hauptbeweis im metaphysischen Sinn §. 127.) benutzen (mithin auch der Beklagte, zum Beweis seiner peremtorischen Einreden), so ist der Besitzer, — er sey Kläger oder Beklagter, — zur Edition nicht zwangspflichtig. L. 1. und 4. Cod. 2. 1. mit L. 1. Dig. 42. 2. Ausnahmen, in Rücksicht auf den Fiscus, enthalten: L. 3. Dig. 2. 13. L. 2. §. 1. Dig. 49. 14. Clem. un. *de usuris.* 5. 5.

b. Will er sie aber zu einer Vertheidigung im speciellen Sinne, i. e. zu einem eigentlichen (directen) Gegenbeweis benutzen §. 127., so ist Jeder — sowohl der besitzende Beklagte, als der Kläger — zur Edition verbunden. L. 8. Cod. 2. 1. mit L. 12. Dig. 44. 4.

Die gewöhnliche, im Lehrbuch enthaltene, Lehre, nach welcher der Kläger in jedem Falle zur Edition pflichtig seyn soll, der Beklagte aber nur dann, wann der Kläger Eigenthumsrechte an dem Document habe, vergißt das Princip: «reus excipiendo fit actor, et actor replicando fit reus: d. h. in der verneinenden Antwort auf die Thatsachen der peremtorischen Einrede, §. 82. Schweitzer, im Lehrbuch des sächsischen Processes, §. 38. Note 89. Vergl. Thibaut, §. 1270. Danz, §. 315. Almendingen, in dem Grolman'schen Magazin für die Philosophie und Geschichte des Rechts, Band 1. Nro. VII.

§. 307.

Die Positionen — Satzstücke — werden durch eine specielle Litiscontestation, und bestimmte Antworten auf gegnerische Behauptungen, unnöthig, und sind nunmehr wohl in jedem Lande verbannt und erloschen. Muster zur Anschauung, mit des Ponenten Antwort, auch dem juramentum dandorum et respondendorum, findet man in meinen außersächsischen gedruckten Acten, Beilage Nro. XX. XXI. XXII. XXIII. Vergl. übrigens Danz, §. 501.

§. 308.

Aus der L. 55. Dig. 10. 2. folgern Manche: «sehe der Richter einen schwierigen Proceß voraus, und das Object sey nicht bedeutend, so könne er durchgreifen, und die Parteien, gewissermaaßen, zum Vergleich zwingen.» Allein dies wird nur in dem seltenen Falle zu rechtfertigen seyn, wann die verwirrten Umstände, und Mangel an brauchbaren Beweismitteln, eine Aufhellung der Streitfrage physisch unmöglich machen, z. B. Streitigkeiten über Einquartirungs-Lasten, während einer feindlichen Invasion. Hier entscheidet der Richter ex aequo et bono, ohne langwierige Processe zu gestatten. Struben, a. a. O.

§. 309.

1. Von der Regel, daß Der, welcher den Rechtsstreit aufgibt, sich den Folgen eines verlorenen Processes unterwerfe: macht der successor singularis eine Ausnahme. Zusatz zu §. 291.

2. Das dem Rechtsstreite Entsagen, i. e. der Verzicht auf das objectum litis, ist nicht zu verwechseln mit dem Fallenlassen eines Processes, in der Absicht, eine neue bessere Klage zu erheben. Letzteres verbindet zwar auch zum Kostenersatz, enthält aber

keinen Verzicht auf das Streitobject. Im Zweifel ist der geringere Verzicht zu vermuthen, deutliche Erklärung jedoch Cautel.

3. Der vom Proceß freiwillig ausscheidende Litisconsorte ist, in Rücksicht auf den Gegner, besiegt, Zus. zu §. 32.; und im Verhältniß zu seinen Streitgenossen muß er die bisher erwachsenen Unkosten, zu seinem Antheil, tragen. Wernher, P. 6. obs. 408.

4. Von gleichzeitigen Processen über das nämliche Object siehe den Zusatz zu §. 26. 292. ff.; und

5. von der praescriptio instantiae den Zus. zu §. 90.

Vom Concursprocesse.

§. 310. und 311.

I.

Ein Zusammenfluß gleichzeitiger Processe gegen das nämliche Subject[1]) gibt noch nicht den Begriff eines Gläubiger-Concurses, und des Concurs- oder Gant-Processes: gesetzt auch, mehrere getrennte Kläger nähmen gleichzeitig das nämliche, im Besitz des Beklagten befindliche, Object, als Ganzes, in Anspruch. Diese mehreren Processe laufen nebeneinander, nach den gewöhnlichen Regeln, fort[2]), und eine Veränderung des Rechtszustandes des mehrfach Beklagten ist noch nicht begründet. Sein Dispositionsrecht ist nur durch die Litigiosität beschränkt, §. 142. Der eigentliche concursus creditorum entsteht vielmehr erst dann, wann wenigstens zwei, unter sich um einen Vorzug streitende, oder doch einen Vorzug einander bestreitende, Gläubiger von dem nämlichen Schuldner befriedigt

---

1) Concursus creditorum extra concursum. Boehmer in Exercitat. ad Pand. T. V. ex 88. G.

2) Wenn nicht der eine Rechtsstreit die Entwickelung des anderen unterbricht; wie Dieses bei der Hauptintervention §. 293. der Fall seyn kann. G.

seyn wollen, dessen sämmtliches disponibles Vermögen aber nicht hinreicht, sie Alle ganz zu befriedigen. In dieser Lage entstehen die Fragen:

1. Worin besteht des Schuldners sämmtliches eigenes, disponibles, und also veräußerliches, Vermögen, und wieviel beträgt dessen Werth? (Activmasse.)

2. Wieviel betragen alle Forderungen an seine Person? (Passivmasse.)

3. Wie ist die Activmasse rechtlich zu vertheilen, insofern einzelne Gläubiger hierbei einen Vorzug vor andern Mitgläubigern gesetzlich verlangen können? Priorität und Distribution.)

Um die Antwort auf diese Fragen auszumitteln, und dann richterlich auszusprechen: «was einem jeden Gläubiger, von der Activmasse, gebühre, und nach welcher Reihefolge sie zu befriedigen seyen, insoweit die Activmasse reicht»: macht sich ein besonderes gerichtliches Verfahren nothwendig, welches weder mit dem ordentlichen Processe, noch mit einem der summarischen Processe, verglichen werden kann, jedoch in seinen einzelnen Bestandtheilen insofern summarisch ist, als die Förmlichkeiten des ordentlichen Processes nicht Regel sind, und Alles auf eine möglichst schnelle Erreichung des, einer Mehrheit von Klägern gemeinschaftlichen, Ziels berechnet ist *).

Weder in dem römischen Rechte, noch in dem canonischen Rechte, noch in deutschen Reichsgesetzen, finden wir aber die Form des jetzt in Deutschland üblichen Concursprocesses. Solcher bildete sich durch den Gerichtsgebrauch,

*) Vergl. Thibaut, in dem System des Pandectenrechts, Thl. 3. §. 1218. mit Gönner, in dem Handb. Th. IV. Abh. 82. G.

und wanderte wahrscheinlich aus Italien zu uns, wo wir in der rota romana seine Grundregeln in Uebung finden. Vor Einführung der cessio bonorum hatte der Römer das Princip: « daß nicht nur das Vermögen, sondern auch die Person, des nicht zahlfähigen Schuldners den Personal-Creditoren verfallen sey. War nur ein Gläubiger vorhanden, so konnte dieser den Schuldner, als Sclaven, auswärts verkaufen, nachdem er selbigen dreimal öffentlich ausgestellt, und ein mitleidiger Loskäufer sich nicht gefunden, hatte. Waren der Gläubiger Mehrere, so hatten diese, nach jenem vergeblichen Versuch, das Recht, *secare* debitorem, welche sectio debitoris Manche bildlich erklären [1]); Andere aber von einem barbarischen wirklichen Zerhauen, oder Verstümmeln, des Schuldners [2]). In der Folge wurde nur die Einkerkerung gestattet, und endlich dem debitor die *cessio bonorum*, anfänglich unter gewissen Formalitäten, als beneficium gegeben [3]). Das Vermögen theilten die aufgetretenen Gläubiger unter sich, pro rata: jedoch so, daß sie Einen aus ihrer Mitte ernannten, welcher die ganze Masse an einen Käufer, gegen gewisse Procente, überließ. Späterhin wurden die einzelnen Theile der Masse verkauft [4]). In den Gesetzen Justinians liegt, den äußeren Grundzügen nach, folgendes Verfahren. Cedirte der Schuldner sein Vermögen freiwillig, so kam es sofort zum Verkauf der einzelnen Bestandtheile der Masse, und zur Vertheilung des Erlöses, an die Personal-Gläubiger. Cedirte er

---

1) Dabelow, in der Entwickelung der Lehre vom Concurs der Gläubiger. 1801. S. 46 ff. G.

2) Hugo, Rechtsgeschichte §. 144. das. Gibbon und Niebuhr. G.

3) Thibaut, a. a. O. §. 1222. mit Dabelow, a. a. O. Cap. V. S. 105 ff. G.

4) Inst. L. III. Tit. 13. G.

nicht, oder konnte er von diesem *beneficio* keinen Gebrauch machen, so wurden jene Creditoren, vom Prätor, in bona debitoris, insoweit er diese, unverpfändet, selber besaß, immittirt[1]); und wenn sie es einige Zeit detiniert hatten, so ertheilte der Prätor ein decretum de alienando, worauf denn die Gläubiger, durch Verkauf, sich zu befriedigen suchten. Die Pfandgläubiger bedurften weder der cessio, noch der immissio: weil das Veräußerungsrecht ihnen, auf den Fall der Insolvenz, schon gegeben war[2]). Eine Vereinigung aller Gläubiger, unter Direction des Richters, eine Befriedigung nach richterlicher Beurtheilung und Entscheidung (Location §. 323.), war also unbekannt. Es gab auch keinen peremtorischen Liquidationstermin, §. 317—318; sondern der Haufe der Gläubiger konnte nach und nach sich mehren[3]). Daher bedarf die Anwendung der römischen Concursprocesse auf unsern heutigen Concurs, viel Vorsicht. Die dortige Trennung der Gläubiger, mit ihren Principien, fällt in den deutschen Gerichten ganz hinweg, — wenn man von den Separisten absieht[4]).

II.

Ein Hauptcharakter des deutschen Concursprocesses ist nämlich dessen Universalität: d. h. alles disponible Eigen-Vermögen des Gemeinschuldners, — sey es in dessen Besitz, oder nicht, verpfändet oder nicht, liege beisammen, oder in verschiedenen Gerichten zerstreut[5]), —

1) L. 12. Dig. 42. 5. G.

2) Thibaut, a. a. O. §. 649. mit §. 1218. G.

3) Happel, a. a. O. Note m. des §. 310. Dabelow, a. a. O. Cap. IX. S. 259 ff. G.

4) S. unten Nro. IV. et V. G.

5) Vergl. den Zusatz zu §. 313. des Lehrbuchs. G.

wird als eine Einheit betrachtet, welche unter die Direction des, dem generellen Gerichtsstand vom Wohnorte jenes Cridars vorstehenden, Richters dergestalt tritt, daß das Gericht, durch den curator bonorum[1]), das Ganze in eine Totalsumme zu bringen sucht, um diese unter alle Gläubiger legal zu vertheilen.

Alle Privatveräußerungen durch einzelne Gläubiger fallen daher hinweg: namentlich außergerichtlicher Verkauf der Hypotheken und Faustpfänder. Auch diese werden, unbeschadet des Pfandrechts des Gläubigers und der Location desselben, von Gerichts wegen veräußert, und müßen an das Concursgericht eingeliefert werden[2]), so daß man (von dem Geiste des deutschen Concursprocesses ausgegangen!) den Faustpfandgläubigern nichteinmal ein Retentionsrecht, bis zu ihrer Befriedigung, gestatten kann. Man muß vielmehr consequent annehmen, daß auch der Faustpfandgläubiger, wenn derselbe nicht als Liquidant auftritt, seiner Forderung an die jetzige Masse, und folglich des Faustpfandrechts, verlustig sey. Das Faustpfand ist ein Theil der jetzigen Activmasse; und wer die Befriedigung seiner Forderung von dieser Activmasse verlangen will, muß, mit diesem Verlangen, zur bestimmten peremtorischen Zeit[3]) hervortreten, und ein Mitglied der Gläubiger-Gesellschaft werden.

III.

Auf dieses Gläubiger-Corps geht alles eigene disponible Vermögen des Gemeinschuldners über, und dieser Uebergang ist eine Mischung von cessio, datio in

1) S. unten Nro. VIII. 4. G.

2) S. die Literatur in §. 311. des Lehrbuchs. G.

3) Mittelst der Liquidation im Liquidationstermin §. 318. G.

solutum, und mandatum in rem propriam. Eine reine cessio ist nicht vorhanden: indem der Cridar, durch Zahlung, die noch nicht veräußerte Masse zurückziehen kann [1]), er auch das am Erlös, zur Befriedigung aller Gläubiger, Fehlende, wenn er ad meliorem fortunam kömmt, nachzahlen muß. Nicht so verhält es sich bei einer wahren cessio in solutum [2]). Es bedienen sich jedoch die Gesetze selbst des Wortes *cessio*, und nicht wenige Principien werden aus deren Begriff, für die Concurslehre, abgeleitet. Das freie Dispositionsrecht geht auf die Gläubiger nicht über. Sie erhalten vielmehr nur die Befugniß, einen gemeinschaftlichen Pfleger des abgetretenen Vermögens — curator bonorum — zu wählen [3]), welcher unter des Gerichts Aufsicht und Autorität handelt. Ein vom Richter bestellter Repräsentant des Gemeinschuldners, curator litis [4]), sucht sogar Grund und Wahrheit der einzelnen Forderungen zu bestreiten. Die Masse ist also den Gläubigern nur als objectum executionis judicialis cedirt, insoweit ihre Forderungen gegründet sind. Daher möchte es vergeblich seyn, bei diesem singulären, nicht ganz römischen, Rechtsgeschäft, von einem einfachen römischen Grundprincip auszugehen. Am wenigsten aber sind die Gläubiger successores *universales* des Cridars [5]). Aus dem Grundsatze: «sie sind nur successores *singulares*», und aus den Principien der cessio, läßt sich auch entscheiden, ob die persönlichen Verbindlichkeiten des Cridars auf die Gläubiger passiv

1) L. 2. et 4. Cod. 7. 71. L. 3. Dig. 42. 3. G.

2) L. 3. Cod. 8. 42. G.

3) S. unten Nro. VIII. 4. G.

4) S. unten Nro. VIII. 3. G.

5) Inst. Lib. III. tit. 13. Thibaut, a. a. O. §. 1223. G.

übergehen? Nach L. 8. §. 1. Dig. 42. 5. scheint es so: denn es sollen die Gläubiger des Gemeinschuldners dessen Verpacht aushalten. Allein hier ist nur die Rede von dem Zeitpunct der römischen *immissio*, vor erkanntem decreto de alienando; — und jene immissio enthielt keine *cessio*, sondern eine *nudam detentionem* et custodiam [1]). Im Allgemeinen aber ist der successor singularis nicht verbunden, die persönlichen Rechte anzuerkennen, welche sein Veräußerer der Sache, an dieser, einem Dritten eingeräumt hat; sondern dieser Dritte muß sich an seinen Contrahenten halten: — im Concurs also an die Concursmasse. Hier muß er als Liquidant sein Interesse fordern [2]). Dahingegen gehen die alienablen persönlichen Activrechte auf die Gläubiger über. Sie werden als objectum executionis mitcedirt, z. B. Forderungen, und können cedirt werden [3]). Sind aber mit jenen Verbindlichkeiten des Cridars auch Activrechte verbunden, z. B. Dieser ist Pachter, so muß man hier auch das Princip an die Spitze stellen, daß persönliche Verbindlichkeiten, ohne Zustimmung des Gläubigers, nicht cedirt werden können [4]): und daß also, weil die cessio bonorum nur ein Rechtsgeschäft zwischen dem Cridar und den Gläubigern ist, der Verpachter (z. B.) gegen Diese kein Recht erhält, von ihnen die Fortsetzung des, mit dem Cridar eingegangenen, Verbindlichkeits = Verhältnisses zu verlangen; daß hingegen aber auch die Concursgläubiger den Dritten (z. B. Verpachter) rechtlich nicht nöthigen können, mit ihnen jenes Rechts- und Verbindlichkeits=Verhältniß des Cri=

---

1) L. 9. §. 4. Dig. 42. 5. L. 3. §. 23. Dig. 41. 2. G.

2) Thibaut, a. a. O. §. 944. ibi leg. G.

3) Thibaut, a. a. O. §. 75. G.

4) L. 1. et 6. Cod. 8. 42. G.

dars fortzusetzen, z. B. die Gläubiger-Gesellschaft als Pachter, statt des Cridars, anzuerkennen. Weil man jedoch den Genuß solcher Activrechte, welche mit Verbindlichkeiten vermischt sind, auf die Zeitdauer der Activrechte, einem Dritten cediren kann, namentlich den Pacht als Afterpacht[1]), und weil nicht folgt, daß der über des Contrahenten Vermögen entstandene Concurs, an sich, dessen Rechts- und Verbindlichkeits-Verhältniß zu seinem Contrahenten auflöße, wenn nicht eine Unmöglichkeit der Zahlung, oder deren Zurückbleiben, den Rechtsgrund zu jener Auflösung abgibt[2]); so ist es allerdings möglich, daß, wenn der Cridar jenes Verhältniß fortsetzen will, und das hierzu Erforderliche zu leisten vermag[3]), dasselbe, z. B. der Pacht, fortdauern könne. Der Gewinn aber würde dann der Masse zufließen, wenn nicht eine besondere rechtsgiltige Bestimmung dies, in concreto, verhinderte[4]). Ein Pacht mit dem Fiscus, die Societät und das Compromiß, erlöscht jedoch durch den Concurs[5]).

Als Grundregel ist also aufzustellen: «das Gläubiger-Corps erwirbt alle cessiblen Activrechte des Cridars: kann sie ausüben; muß aber nicht, weil Jeder auf sein erworbenes Recht verzichten kann. Die persönlichen Verbindlichkeiten des Gemeinschuldners hin-

---

1) Thibaut, a. a. O. §. 77. und 862. G.

2) Wie z. B. in L. 54. et 56. Dig. 19. 2. G.

3) Etwa durch Vorschuß aus der Masse, durch Unterstützung eines Dritten, und dgl. Ein Zwang des Cridars findet nicht Statt. S. unt. m. VII. G.

4) Ob diese rechtsmöglich, und den Concursgläubigern hinderlich, sey, z. B. durch des Vorschießenden Bedingung, «dem Cridar selber, oder dessen Kindern und dergl., solle der Gewinn verbleiben», ist hier nicht näher zu beleuchten. G.

5) Thibaut, a. a. O. §. 1223. i. f. ibi leg. G.

gegen gehen auf jene Gesellschaft nicht über; sondern wer dergleichen Leistungen an den Cridar zu fordern hat, muß sich entweder an dessen Person halten, oder, als Mitgläubiger, der Concursgesellschaft (als Liquidant) sich anschließen. Dann ist die Activmasse, nicht das Gläubiger-Corps, als das verbindliche Subject anzusehen. Reallasten folgen immer der Sache: mithin dem Besitzer des belasteten Objects [1]).

IV.

Die Universalität des Concurses erfährt eine Ausnahme in den sogenannten Separationsfällen, wo ein Theil von der Hauptmasse abgerissen, und einer besonderen Vertheilung ausgesetzt, wird. Einen solchen Separat- oder Particular-Concurs bilden

1. creditores hereditarii: — i. e. die Gläubiger und Legatare [2]) eines Erblassers des Cridars, wenn sie, innerhalb 5 Jahren nach der Erbschaftsantretung, die Separation der Erbmasse ihres ursprünglichen Schuldners fordern, und nicht, nach der Antretung, den Erben selber als ihren Schuldner anerkannt haben — fidem *ejus* secuti sunt, — z. B. durch Creditiren nach der Verfallzeit [3]).

2. Die Gläubiger eines Haussohns, in Hinsicht auf das peculium militare [4]).

3. Die Gläubiger eines Sclaven, welcher zwei getrennte *tabernas* hatte. Hier konnte, oder mußte, jener

---

1) Thibaut, a. a. O. Böhmer, in elect. jur. civ. T. I. exerc. XI. G.

2) L. 40. Dig. 44. 7. G.

3) L. 1. §. 1. L. 6. Dig. 42. 6. Thibaut, a. a. O. §. 1224. G.

4) Thibaut, a. a. O. §. 1224. Note p. ibi all. G.

Gläubiger seine Befriedigung von derjenigen taberna fordern, in Rücksicht auf welche er dem, ihr vorgesetzten, Sclaven creditirt hatte [1]). Obgleich Dieses in dem römischen Princip seinen Grund findet: «man könne sich mit dem Rechtsanspruch an einem Sclaven nur an dessen *peculium* halten, in Rücksicht auf welches man mit ihm contrahirt hatte» [2]), dahingegen der freie Mann, durch contrahirte Verbindlichkeiten, sich selber, und so sein ganzes Vermögen, verpflichtet [3]), so hat man doch jenes Gesetz, in der Praxis, auf solche freie Kaufleute ausgedehnt, welche zwei verschiedene Handlungen haben [4]).

4. Creditores feudales — welche Absonderung des Lehns verlangen können [5]).

Der durch Separatisten veranlaßte Particularconcurs kann mancherlei, von dem Verfahren und den Folgen des Hauptconcurses verschiedene, Folgen haben [6]); und es unterscheidet sich von ihm, vorzüglich in Bezug auf die Veranlassung, der Fall, wann der Cridar in verschiedenen Ländern Vermögen besitzt, und in jedem ein besonderer Concurs eröffnet wird [7]).

---

1) L. 5. §. 15. und 16. D. 14. 4. G.

2) Denn für seine Person konnte er sich ex contractu gar nicht civiliter verpflichten. §. 6. Inst 3. 20. L. 14. et 43. in f. Dig. 44. 7. L. 22. pr. Dig. 50. 17. L. 3. p. D. 15. 1. G.

3) L. 50. §. 1. Dig. 5. 1. G.

4) Vergl. Thibaut, a. a. O. §. 1224. Note o. ibi all. Auf keinen Fall aber darf man es noch weiter ausdehnen auf verschiedene, zu der nämlichen Handlung gehörige, Niederlagen, z. B. in Commission. G.

5) Böhmer, in princ. jur. feud. §. 322. G.

6) Danz, in den Grunds. der summar. Processe, §. 163. edit. 1806. G.

7) Vergl. den Zusatz zu dem §. 213. des Lehrb. G.

V.

Hat nun ein Concurs sich gebildet, — universell oder particular, — so sind doch Diejenigen, welche, in ihm, mit Ansprüchen an die nämliche Masse auftreten, in ihrem Rechtsverhältniß zu dem Gemeinschuldner, und dessen seitherigem Besitzthum, sich nicht gleich. Unter ihnen kann es geben

1. Vindicanten, Separatisten ex jure dominii [1]): i. e. welche ein selbstständiges, nicht bloß accessorisches [2]), Recht, als wahre Gegner der Masse, wider diese, so verfolgen, daß sie, mittelst einer dinglichen Klage, aus der Masse, ein, in dieser in Natur noch vorhandenes, Object deßhalb fordern, weil es nicht zur Masse, sondern ihnen eigenthümlich, gehöre. Diese, wider die Masse und deren Inhaber auftretende, Kläger wollen in die Gemeinschaft der Concursgläubiger nicht eintreten [3]).

2. *Creditores massae*, i. e. Gläubiger des Concursgläubiger-Corps (Nro. 4.): vorzüglich Diejenigen, welche, nach Eröffnung des formellen Concurses, zur Er-

---

1) Diese, und die unter Nro. IV. erwähnten, Separatisten unterscheidet man auch mit den Beiwörtern eigentliche und uneigentliche, auch Quasi-Separatisten, ohne jedoch in dieser Benennung gleichförmig zu seyn. Auch nennt man die unter IV: Separatisten ex jure crediti. Schmidt, von den Separatisten, Thl. II. §. 1. f. Gmelin, Ordn. der Gläubiger, Cap. 1. G.

2) Bloß accessorisch ist bekanntlich das Pfandrecht. G.

3) z. B. die Ehefrau, welche ihre, noch in Natur vorhandenen, Dotal- oder Paraphernal-Güter aus der Concursmasse ihres Mannes zurückfordert. Thibaut, a. a. O. §. 1224. Meine Rechtsfälle, Heidelb. 1817. S. 196. Nro. 1. a. b. S. 452. Nro. 1. 2. 3. G.

haltung der Masse etwas leisteten [1]). Auch gehören dahin die, nach eröffnetem Concurs auflaufenden, Reallasten; während die vorher rückständigen zur Liquidation gehören [2]).

Die Vindicanten und Massegläubiger sind nicht pflichtig, in den eigentlichen Concurs sich einzulassen. Erstere führen im Grunde einen besonderen Proceß gegen die Gesammtheit der Concursgläubiger, und sind also auch an den Liquidationstermin §. 218. nicht gebunden [3]), wenn nicht die öffentliche Ladung an sie ausdrücklich mitgerichtet ist [4]). Doch kann es auch für sie Cautel seyn, in jenem Termin zu erscheinen, um entweder hier die Klage vorzubringen, oder zu wiederholen, oder wohl gar eventuell die Summe zu liquidiren, welche sie, auf den Fall eines Mißlingens ihrer Separationsklage, in Anspruch nehmen [5]). Die Massegläubiger können verlangen, von dem Bestand und Erlös der Masse, voran befriedigt zu werden [6]).

3. Diejenigen, welche rein und streng persön-

---

1) z. B. das Local zur Aufbewahrung der Masse vermiethen; Handwerksleute, welche Bestandtheile derselben, in Auftrag des curatoris bonorum, bearbeiten und dergl. G.

2) Gmelin, a. a. O. S. 76 und 108. G.

3) Wer nicht locirt seyn will, ist auch nicht schuldig, in dem Liquidations- oder Professions-Termine §. 318. zu erscheinen, um hier den Grund zu seiner Location zu legen. Nur die eigentlichen Concursgläubiger Nro. 4. werden nach Classen locirt, §. 323. G.

4) Vergl. Gmelin, a. a. O. Cap. 1. §. 17. G.

5) z. B. es ist zweifelhaft, ob der Vindicant sein Eigenthum werde beweisen können, ob das Eigenthum der Sache auf den Gemeinschuldner übergegangen sey, oder nicht ꝛc. Vergl. m. Rechtsfälle, S. 452. Nro. 1. a. mit S. 453. lit. C. G.

6) Gmelin, a. a. O. Cap. 2. §. 1. G.

liche Klagen wider den Cridar haben, so daß dieser selber noch zur Leistung fähig ist[1]). Auch Gläubiger dieser Art haben mit dem Concurs nichts zu schaffen, und müssen besondere Klagen gegen den Cridar erheben; es wäre denn, daß dieser nicht erfüllen könnte, und die Nichterfüllung ein klagbares, nach Geldwerth zu bestimmendes, Interesse zur Folge hätte[2]). Auf diesen Fall können sie Dieses, als Concursgläubiger (Nro. 4.), liquidiren, und es ist wenigstens Cautel, Dieses in eventum zu thun.

4. Die eigentlichen Concursgläubiger, i. e. Die, welche solche Forderungen an die Person des Cridars haben, die nur auf dem Wege des Concursprocesses, durch Theilnahme an dem Erlös aus der versilberten Activmasse, erledigt werden können. Nur Diese sind die Subjecte, auf welche, als auf successores singulares S. 345, und als auf gesellschaftliche, jedoch möglicherWeise von einander sehr abweichend berechtigte, Theilhaber an jenem Erlös, das eigene disponible und cessible Activvermögen des Gemeinschuldners übergeht. — Sie bilden die Gläubiger-Gemeinschaft oder Gesellschaft; und diese wird, insofern von der Erhaltung und Mehrung der Activmasse die Rede ist, von dem *curator bonorum* repräsentirt, obgleich dessen Pflege auch die, von Separatisten in Anspruch genommenen, Objecte bis dahin zum Ge=

---

1) z. B. Zustands= und Injurien=Klagen, oder solche, die nur einen persönlichen Kraftaufwand des Cridars zum Gegenstand haben — locatio conductio operarum und dgl. Vergl. die §. 311. in f. des Lehrb. angef. Leyser u. Struben. G.

2) Dahin kann man wohl Geld=Privat=Strafen, z. B. bei einer actio aestimatoria, nicht unbedingt rechnen; sondern man würde dieselben, nach der Analogie der öffentlichen Geldstrafen, auch den bloßen Chirographarien nachsetzen müßen. Arg. L. 37. Dig. 49. 13. L. un. Cod. 10. 7. G.

genstand hat, wo, im Gefolge eines rechtskräftigen Erkenntnisses über die Separation jener Objecte, diese von der Activmasse getrennt werden. Als corpus betrachtet, sind die Concursgläubiger Gegner aller Separatisten und des curatoris litis. Dieser sucht, als Repräsentant des Cridars, ihre Forderungen zurückzutreiben, oder durch peremtorische Einreden zu entkräften, damit die Masse, zum Vortheil des Cridars [1]), so weit als möglich reiche. Indirect wirkt er also auch zum Vortheil der gegründeten Forderungen. In dem Innern der Gesellschaft der Gläubiger, — Jeden von Diesen als einzeln und selbstständig betrachtet, — sind sie aber unter einander selber Gegner — ein bellum omnium contra omnes regt sich unter ihnen; denn möglicher Weise will Jeder dem Anderen sich vor-, und diesen zurück-, drängen, wenigstens ihm gleich seyn: um entweder, vermöge einer Priorität, von dem Erlös aus der Masse voran befriedigt zu werden, ehe der Mitgläubiger zur Befriedigung seiner liquidirten Forderung gelange, oder doch ein gleiches Theilungsrecht mit Jenem sich zu sichern. Daher trennen sie sich im Prioritäts-Verfahren §. 321. Hier steht Jeder als einzelnes Subject, und sucht seinen Vorzug durch einen besonderen Rechtsfreund zu rechtfertigen, wenn er sich hierin nicht dem officio judicis überlassen will [2]). Es ist aber auch denkbar, daß in jener Gesellschaft sich andere einzelne Gesellschaften bilden, zum Widerstreben gegen einzelne oder mehrere Mitgläubiger, §. 324. Uebrigens ge-

---

1) Denn dieser bleibt ja verbindlich, wenn die Masse nicht hinreicht. G.

2) Die Priorität, an sich, ist ein punctum juris, und also vom Richter, wenn ihm das Factische gegeben und erwiesen ist (Wahrheit und Pfandbefestigung der Forderung), von Amts wegen zu reguliren. G.

hören auch die mit dem höchstprivilegirten Pfandrecht bewaffneten Gläubiger ebensowohl zur Gesellschaft der Concursgläubiger als die bloßen Chirographarier: denn ihr Pfandrecht ist nur *accessorium;* die persönliche Forderung ist das *principale.* Ueber sie erstreckt sich die deutschrechtliche Universalität des Concurses mit: dieser löst ihr Veräußerungsrecht, selbst das Retentionsrecht, insoweit auf, daß das Gericht, an ihrer Stelle, thätig wird, und das verpfändete Object veräußert, das Pfandrecht, an sich, jedoch unverrückt stehen bleibt, und theils im Laufe des Verfahrens §. 312. und 314., hauptsächlich aber in der durch die Location §. 321. ausgesprochenen Priorität (Rangordnung, in Ansehung der Befriedigung), sich ausspricht.

VI.

Besondere Eigenheiten des Concursprocesses sind Folgende.

1. In ihm findet sich, auf Seiten der Kläger (Liquidanten), eine sonst unerlaubte subjective Klagenhäufung [1]).

2. Die Kläger sind, gegen die Regel des §. 36. und §. 95., insofern zur Klage (Liquidation) genöthigt, als sie an dieser Masse Theil nehmen wollen.

3. Die exceptio pluris petitionis tempore fällt weg, §. 318. Note t., ebenfalls wider die Regel des Gesetzes [2]).

4. Der eigentliche Beklagte darf, der Regel nach, nicht selber handeln, sondern das Gericht setzt ihm einen Stellvertreter — den curator litis Nro. VIII. 3.

5. Das forum domicilii, welches sonst mit begründeten speciellen Gerichtsstellen, z. B. des Contracts, nur

1) M. Handbuch, Thl. 1. S. 75. G.

2) Lehrbuch, §. 136. G.

electiv concurrirt, §. 45., wird ausschließend[1]) — von Separatconcursen abgesehen, §. 313.

6. Die Thätigkeit des Richteramts ist von größerem Umfange als in den übrigen Civil-Proceßarten; und

7. es wird gewissermaaßen mit der Execution der Anfang gemacht.

8. Sein Anfang ist nicht gleichförmig, und weniger geregelt, §. 312.

VII.

Die Eintheilung des Concursus in den materiellen und formellen, wohl auch, wie Manche wollen, den imminenten[2]), bezieht sich nicht auf den Proceßgang, sondern nur auf die Frage: «wann hört das Dispositionsrecht des Cridars auf? wann begründet sich die actio Pauliana, oder eine Nichtigkeitsklage wegen einer von ihm unternommenen Alienation?» — Nach den Gesetzen verliert der überschuldete debitor das Dispositionsrecht nicht eher, als bis sein Vermögen, durch einen formellen Act, auf seine Gläubiger übertragen, wenigstens, zu diesem Zweck, jede Veräußerung ihm gerichtlich untersagt worden ist[3]). Diesem Princip entsprechend kann man den formellen Concurs das Verfahren nennen, welches nach jenem Prohibitions- oder Uebertrags-Act eintreten soll. Den vorhergehenden Ueberschuldungs-Zustand, für welchen ein besonderes procedere nicht gegeben ist, und welcher längere

---

1) Hat der Cridar mehrere fora domicilii §. 45., so muß Prävention entscheiden, §. 59., insofern keine Particular-Concurse entstehen. G.

2) Danz. an den Grundſ. der summar. Processe, §. 144. ff. G.

3) L. 6. §. 7. Dig. 42. 8. G.

Zeit, ohne alle gerichtliche Thätigkeit, existent seyn kann, nennen nun Viele den materiellen Concurs: wäre auch noch nichteinmal ein gerichtlicher concursus creditorum entstanden. Eben diesen Zeitpunct nennt Danz, l. c. den imminenten Concurs; und der materielle ist ihm dann der Zeitpunct von der cessio an bis zur Edictalladung §. 317., mit welcher ihm der formelle Concurs anhebt. Andere, z. B. Gmelin, Almendingen rc., verbinden wieder andere Begriffe mit jener willkührlich geschaffenen Eintheilung. Man unterscheide:

1. Wenn der Schuldner sein Vermögen freiwillig und ausdrücklich cedirt, oder stillschweigend (durch eine Flucht, welche als derelictio bonorum sich ansehen läßt), so ist, von jener und dieser cessio an, der formelle Concurs, der Concursproceß, gegen ihn begründet [1]) — die Wahrscheinlichkeit der Ueberschuldung vorausgesetzt [2]).

2. Cedirt er nicht, — weder wörtlich noch thätlich, — so ist der erste Act des formellen Concurses, und des Concursprocesses, dann gegeben, wann der Richter, durch seine actenmäßige Ueberzeugung von der Ueberschuldung, und durch das Andrängen der Gläubiger, bewogen und berechtigt, die erste Verfügung erläßt, welche den Gläubigern das Vermögen sichern soll: — ein Veräußerungsverbot §. 312., eine Arrestverfügung und dergl. Dort und hier reiht sich die Edictalladung der unbekannten Gläubiger gewöhnlich

---

1) Die Cession ist hier kein erster Act. Durch diesen eröffnet der Cridar den förmlichen Concurs selber. G.

2) Auch von dem freiwilligen Cedenten kann und muß der Richter verlangen, die vorgegebene Ueberschuldung durch eine Uebersicht seines Activ- und Passiv-Vermögens wahrscheinlich zu machen. Der Staat selber, und alle Gläubiger, haben ein Interesse dabei, daß der Concursproceß nur dann eröffnet werde, wann die Gläubiger auf einem andern Proceßweg nicht geschieden und befriedigt werden können. G.

an; allein den Anfang des formellen Concurses bezeichnet sie nur dann, wann der implorirte Richter, ohne Cession und ohne Veräußerungsverbot, oder irgend eine andere Sicherungs-Verfügung, mit ihr den Anfang macht. Dieses aber wird sehr selten der Fall seyn. Hingegen kann jene öffentliche Ladung, nach wirklich eröffnetem Concursprocesse, zufällig, noch lange sich verzögern.

Die Concurs-Eröffnung mag nun auf jene oder diese Weise eintreten, so hört mit dem Augenblick ihres Eintritts das Dispositionsrecht des Gemeinschuldners auf: — alle nachherigen Veräußerungen desselben sind nichtig [1]). Zu deren Anfechtung bedarf man also der actio Pauliana nicht; sondern diese bezieht sich auf Veräußerungen in einem Zeitpuncte, wo der Schuldner seines Dispositionsrechtes noch nicht enthoben war [2]).

Sollte jedoch ein Schuldner nur zu dem Zweck seine Gläubiger zur Liquidation vorladen lassen, um seine Vermögenskräfte: — ob er überschuldet sey, oder nicht? — sicherer berechnen zu können, so ist dies noch keine *cessio:* sein Dispositionsrecht ist noch nicht aufgelößt. Allein eine praesumtio malae fidei kann, für Veräußerungen in diesem Zeitraum, sich begründen; und der Richter kann sich bewogen finden, Alienationen, bis zur Erforschung des Vermögenszustandes, zu prohibieren.

Es ist aber der Gantmann nicht zwangspflichtig, nach eingetretenem Concurs, etwas für die Masse zu erwerben. Er kann daher ihm anfallende Erbschaften ausschlagen 2c.[3]). Dahin ist aber nicht zu rechnen, wenn

---

1) L. 6. §. 7. Dig. 42. 8. G.

2) Thibaut, a. a. O. §. 1219., mit §. 1227. G.

3) L. 134. Dig. 50. 17. L. 67. §. 1. Dig. 36. 1. L. 6. pr. §. 1—4. Dig. 42. 8. L. 1. §. 6. Dig. 38. 5. G.

der Erwerb durch eine, vor dem formellen Concurs unternommene, positive Handlung des Cridars schon begründet, schon bedingt gemacht, war, und nachher erst reif und realisirt wird [1]). Oft suchen die Gläubiger den Gemeinschuldner cautelarisch durch ein Versprechen zu binden, neuen Erwerb nicht auszuschlagen. Aber auch zu diesem Versprechen ist er nicht zwangspflichtig. Erwirbt er, während des Concurses, neues Vermögen, ohne daß, wie vorbemerkt, der Grund des Erwerbes, an sich, in die Zeit vor der Eröffnung des Concurses zurückfällt, so gehört Jenes nicht zur jetzigen Masse, sondern muß nach den Principien beurtheilt werden, als sey der Cridar ad meliorem fortunam gekommen, §. 325.

VIII.

Einige andere Wirkungen des eingetretenen Concurses sind Folgende.

1. Der, dolo oder culpa lata, in den Ueberschuldungszustand gerathene Gantmann kann, respective als Betrüger, respective als Verschwender, seine Ehrenrechte, Gildenrechte und dgl., wohl auch die väterliche Gewalt, verlieren, und einer öffentlichen Strafe unterworfen werden — nach dem Grade des dolus und der culpa, §. 312. Dem durch Unglück Ueberschuldeten hingegen ist die cessio bonorum, als Rechtswohlthat, gegeben, ohne Verlust seiner Ehren- und persönlichen Rechte.

---

1) z. B. die Forderung war nur noch nicht zahlfähig, oder sie war bedingt, die Bedingung aber wird erst nach eröffnetem Concursproceß existent; oder das, vor diesem Zeitpunct gekaufte, Lotterieloos gewinnt nachher. Auch gehört hierher, wenn dem Cridar möglich bleibt, einen, vor dem Concurs geschlossenen, lucrativen Contract fortzusetzen, z. B. Pacht. S. oben Nro. III. G.

Ihm gebührt für die Folge das beneficium competentiae, §. 225.

2. Da der Cridar, auch während des Concurses, noch als Eigenthümer der Masse anzusehen ist, Nro. III., so trifft der solche beschädigende, oder vernichtende, Zufall ihn selber. Er bleibt verbindlich in Rücksicht Dessen, was aus dem Erlös der Masse nicht erledigt werden kann. Wenn aber Manche aus L. 3. §. 8. Dig. uti possidetis folgern wollen: «die Concursgläubiger seyen nicht einmal Civilbesitzer der abgetretenen Masse», so ist dies eine Verwechselung mit der ersten, nur custodiam gebenden, immissio der römischen Chirographarier.

3. Mit dem Dispositionsrecht über die Masse verliert der Gemeinschuldner auch dessen Ausfluß, §. 100., «Proceß wegen ihrer Bestandtheile zu führen.» Daher, und wegen der Besorgniß einer Collusion mit einzelnen Gläubigern — (wegen der Gefahr eines betrüglichen Zugeständnisses unwahrer Forderungen, um dann daran zu participiren —) bestellt der Richter den Contradictor, auch curator *litis* genannt, an des Gantmanns Stelle, als vereideten Sachwalter und rechtskundigen Beistand [1]) des gleichsam mundtodten Gemeinschuldners [2]). Der Contradictor soll auf die Forderungen der Gläubiger antworten: ob sie wahr seyen, oder nicht; er soll aufgefundene Einreden aufstellen und wirksam machen. Seine Instruction schöpft er aus den früheren Schuldacten; aus den, zu dem Vermögen und Gewerb des Cridars gehörigen, Urkunden; von Personen, welche mit dessen Verhältnissen bekannt sind, ɩc. [3]). Von dem Gantmann

---

1) Die Regel nach aus der Zahl der zur Praxis legitimirten Advocaten. G.

2) Stepf, cit. im Lehrbuch. Danz, in den Grundsätzen der summar. Processe, §. 179. ff. G.

3) Danz, a. a. O. §. 181. G.

selber erforschte Thatsachen und Aufschlüsse muß er mit höchster Vorsicht benutzen: besonders wenn dessen Redlichkeit Zweifel wider sich hat, und insofern des Cridars Erklärung Personen nützlich seyn würde, aus deren Verhältniß zu ihm der Argwohn einer Begünstigung hervorgeht, z. B. wegen der Illaten des Eheweibes und dergl. Mehr Glauben dagegen verdient der Gemeinschuldner insofern er Forderungen verneint und Einreden an die Hand gibt. Der Contradictor steht also den eigentlichen Concursgläubigern, als Beklagter, gegenüber. In Hinsicht auf die Vindicanten und Massegläubiger ist auch die Gläubigergesellschaft als beklagter Theil zu betrachten, und sollte also durch den curator bonorum (Nro. 4.), oder durch einen, diesem gegebenen, Rechtsbeistand, — actor communis, — sich gegen jene Ansprüche vertheidigen lassen. Auch hat der curator bonorum für die Vermehrung der Masse zu sorgen, und also deren Ausstände, entweder selber, oder durch einen actor communis, einzuklagen. Doch pflegt man dem Contradictor oft auch die Vertheidigung gegen die Vindicanten rc., sowie auch das Beitreiben der Ausstände (respective durch Wiederklagen), zu überlassen. Beides hat auch seinen guten Grund: indem auch dem Cridar daran gelegen seyn muß, daß nichts rechtswidrig von der Masse abgerissen, vielmehr alles zu ihr Gehörige beigetrieben, werde, damit selbige soweit als möglich reiche, und er hierdurch, in tantum, von seinen Verbindlichkeiten frei werde. Die Priorität der einzelnen Gläubiger hingegen geht den Contradictor, als Solchen, nichts an*). Wird er jedoch, wie hie und da ge-

*) Die Priorität ist lediglich Sache des einzelnen Gläubigers, welcher, durch ein behauptetes Vorzugsrecht, andere Gläubiger zurückdrängen, oder, durch Widerstreit gegen ein, von einem Mitgläubiger für sich in Anspruch genommenes, Pfandrecht, diesem Prätendenten wenigstens gleich bleiben, will.

schieht, besonders beauftragt, auch gegen die Vorzugsrechte sich zu sträuben, so ist es Cautel, daß er bloß das Vorhandenseyn des, von einem Gläubiger behaupteten, Vorzugsrechts bestreite, (insofern dies rechtlich geschehen kann), ohne dabei den Vorzug eines anderen Gläubigers zu rechtfertigen. Denn hierdurch regt er den Verdacht der Parteilichkeit wider sich auf [1]).

4. Obgleich der Cridar das periculum interitus vel deteriorationis behält, (Nro. 2.), so haben die Concursgläubiger doch custodiam, und sind ihm daher, nebst dem Gerichte, für die bestmögliche Erhaltung und Vermehrung der Masse verantwortlich. Daher der zu bestellende curator bonorum seu massae — Güterpfleger, Massenverwalter! Solcher ist ein procurator communis der Concursgläubiger. Diese wählen ihn daher durch Stimmenmehrheit [2]). Ein gesetzliches Pfandrecht an seinem Vermögen haben die Gläubiger nicht: weil er nicht curator in

---

Auch kann hier ein litis consortium, auf Seiten des widersprechenden Theils, entstehen, z. B. mehrerer Chirographarier gegen einen angeblichen Pfandgläubiger. G.

1) Es ist ein wahrer Widerspruch, dem Repräsentanten und Beistand des Gemeinschuldners zugleich auch die Rolle eines Beistands einzelner Gläubiger zu übertragen. Auf diese Weise wird es dem Contradictor möglich, diejenige Parteilichkeit zu realisiren, welche durch den Ausschluß des Cridars vermieden werden soll. Insofern hingegen Jener das Daseyn eines Vorzugsrechts bloß negirt, und dadurch den Prätendenten zum Beweis nöthigt, oder insofern er Gründe des Nichtseyns, oder der Wiederauflösung jenes Vorzugsrechts, aufstellt und beweist, wahrt er auch zugleich das Interesse des Gemeinschuldners. Bedenklich bleibt aber dabei immer sein Geständniß des Vorzugsrechts einzelner Gläubiger, wenn es sich nicht sonst aus den Acten oder Rechten ergibt. Den dabei interessirten Gläubigern muß immer offen stehen, des Prioritäts-Punctes wegen besonders zu kämpfen. G.

2) L. 2. pr. Dig. 42. 7. G.

dem Sinne ist, wie der gesetzlich nothwendige curator. Er soll aber Caution bestellen, durch Bürgen oder Pfand. Als Vollmacht erhält er eine Instruction, die wohl schon landesgesetzlich vorgeschrieben ist. Wo jene Instruction nicht hinreicht, müßen alle Concursgläubiger über ihre specielle Willensmeynung befragt werden. Aus der L. 2. D. cit. 42. 7. läßt sich jedoch nicht schließen, daß auch wegen der Instruction in den Verwaltungsgeschäften, Stimmenmehrheit unter den Concursgläubigern entscheide, indem die Folgerung von der Wahl der Person auf Letzteres, zu weit greift. Eher könnte man, nach der Analogie der L. 8. Cod. 7. 71., von der Summengröße ausgehen [1]). Oft wählen die Gläubiger einen, sie repräsentirenden, Ausschuß, an welchen sich der curator bonorum, zum Empfang nöthiger Instructionen, zu wenden hat. Dann ist es Cautel, Stimmenmehrheit unter den Mitgliedern dieses Ausschusses vertragsmäßig festzusetzen [2]). Des Güterpflegers erste Pflicht ist die Herstellung eines Inventars der Activmasse [3]): der Regel

1) Das gemeine Recht hat hier eine Lücke. Nach der Natur der Sache sollte, unter der Leitung des Gerichts, auch der curator litis, als Vertreter des Gemeinschuldners, nebst allen Interessenten der Masse, mit Inbegriff der Vindicanten, Separatisten rc., zugezogen, und, im Fall verschiedener Meynungen, das Erachten Sachverständiger die Basis der Verwaltungs- und respective Veräußerungs-Instruction werden. Ja es kann hier das richterliche Nothrecht, Sachverständige, als Gehülfen des Gerichts, ex officio beizuziehen (§. 123. c. des Lehrb.): zur Anwendung kommen. G.

2) Diese Commission muß man als, von den Interessenten gewählte, Sachverständige betrachten, unter welchen, gemeinem Rechte nach, Stimmenmehrheit nicht entscheidet. Lehrb. §. 207. Ohne diese sind aber die Verwaltungsgeschäfte großer Verzögerungsgefahr ausgesetzt. G.

3) Claproth, a. a. O. Danz, a. a. O. §. 172. M. Rechtsfälle, Nro. 150. S. 450. G.

nach unter Concurrenz des Gerichts. Ist der Masseverwalter nicht Advocat, so wird ihm häufig ein Rechtsfreund beigegeben, zur Beitreibung der Ausstände, und zur Vertheidigung gegen die Vindicanten und dergl., insofern Dieses dem curator litis nicht überlassen wurde. Auch sind mehrere curatores bonorum denkbar, respective mit getheilten Geschäften [1]). Uebrigens tritt überall die Oberaufsicht und Direction des Gerichts ein, als Wache über das Ganze, auch zum Vortheil des Cridars. Eben weil auch Dessen damnum mit auf dem Spiele steht, sollte auch der curator litis, bei den Verfügungen über die Masse, und den diesfallsigen Instructionen des Massecurators, zugezogen werden; im Fall einer verschiedenen Willensmeynung dieser Subjecte aber richterliche, nöthigenfalls durch Sachverständige unterstützte, Entscheidung den Ausschlag geben [2]). In minderwichtigen Concursen unterbleibt bisweilen die Bestellung eines Güterpflegers, und es wird dann die Masse von Richteramts wegen custodirt. Ja, ist der Cridar als redlicher, schuldlos in den Concurs verfallener, Mann bekannt, und, als Solcher, in den Voracten gerechtfertigt, so läßt man ihn wohl, besonders in geringfügigen Concursen, auch zu, seine Person selber zu vertreten [3]). Kein Gläubiger kann Contradictor werden. Dieser wäre Kläger und Beklagter, in einer Person. Wohl aber darf der gewählte curator

---

1) L. 2. §. 2. Dig. 42. 7. Gezwungen wird, der Regel nach, Niemand, die Curatel der Masse zu übernehmen: denn sie ist weder ein officium publicum, noch ein munus. Auch kann der curator eine Bezahlung seiner Mühewaltung fordern. Danz, a. a. O. §. 170. 171. G.

2) Vergleiche S. 257. G.

3) Allenfalls auch unter Beirath und Mithülfe eines Advocaten. G.

bonorum ein Gläubiger seyn, als procurator in rem suam und seiner Mitkläger [1]).

5. Der Concurs ist keine *novatio*, löst des Cridars Verbindlichkeiten nicht auf, Nro. 2. ff.; allein alle gegen ihn anhängige Processe werden einstweilen, bis zur Fortsetzung nach der Liquidation, sistirt, wenn auch schon Execution erkannt wäre, §. 318. Denn kein Gläubiger, wäre auch dessen Recht völlig klar, darf vor dem Anderen befriedigt werden; sondern erst die richterliche Location muß aussprechen, ob und wie er zu befriedigen sey [2]). Auch die Execution durch Wechselarrest fällt, der richtigen Meynung nach, hinweg [3]): denn die Person ist nicht cedirt; und wenn man gerade hieraus auch folgern wollte, daß also der Wechselgläubiger jenes, zur Masse nicht gehörige, Executionsobject in besonderen Anspruch nehmen könne, so hat doch auch der Wechselarrest nur den Zweck, «daß der Schuldner die Zahlung herbeischaffen soll.» Ist aber Dieses, durch die cessio all seines disponibeln Vermögens, unmöglich gemacht, so muß mit dem Zweck auch das Mittel hinwegfallen. Auf die

---

1) Dieses war bei den Römern sogar die Regel. L. 8. und 9. pr. Dig. 42. 4. mit L. 2. §. 4. Dig. 42. 7. G.

2) Man pflegt jedoch solche höchst liquide, nach Lage der Acten, allen Gläubigern unstreitig vorgehende, Forderungen auszunehmen, welche zwecklos unter der Verwaltung zurückgehalten, und wohl der Masse selber, z. B. durch Gefahr, Zinsenlauf, nachtheilig werden würden. Doch fordert man auch, in diesem Fall, eine cautio de restituendo. Lehrbuch, §. 311. Die Vindicanten und Separatisten sind sobald zu befriedigen, als ihr verfolgtes Recht, als gegründet, rechtskräftig entschieden ist. G.

3) Vergl. Püttmann, Wechselrecht, §. 192. Gönner, a. a. O. Dabelow, in dem Entwurf der Lehre vom Concurse der Gläubiger, S. 529. G.

mitleidige Erlösung durch einen Dritten zu rechnen [1]), ist wenigstens nicht gesetzlich. Ueberdies soll im Concursprocesse nur eine Verfahrungsart Statt finden. Alle Liquidanten müßen ihre Forderungen, nach den Regeln des unbestimmten summarischen Processes, anbringen; der Gebrauch des Mandats-Executiv- und Wechsel-Processes fällt, der Natur der Sache nach, hinweg; der Liquidant muß, seiner liquiden Urkunden ungeachtet, auch die illiquiden Einreden, Antwort auf diese, und ihren Beweis durch langsame Beweismittel, sich gefallen lassen: indem Alles hier, auf ein Mal, auf das Reine kommen, nichts aber ad separatum verwiesen werden, soll [2]).

6. Mit dem Eintritt des formellen Concurses wird auch der Lauf der, vom Cridar schuldigen, Verzugszinsen unterbrochen: d. h. von der Masse, oder von dem Concursgläubiger-Corps, können diejenigen usurae morae nicht gefordert werden, welche erst nach dem Eintritt des formellen Concurses entstehen. Denn die Gläubiger sind nicht in mora. Gegen den, nachher neues Vermögen erwerbenden, Cridar findet aber ihre Forderung allerdings Statt: weil seine Verbindlichkeiten durch den Concurs sich nicht auflößen, Nro. 2. und 5.

§. 312.

A. Der Concursproceß kann sich eröffnen,

1. vermöge des eigenen Willens des Schuldners: nämlich durch dessen cessio bonorum, insofern er von diesem beneficio Gebrauch machen darf. Der Augenblick der cessio ist der Anfang des formellen Concurses.

---

1) Ungefähr so wie bei der, der sectio debitoris vorausgehenden, öffentlichen Ausstellung, Nro. I. S. 237. G.

2) Struben, in den rechtl. Bedenken, Thl. 4. Bed. 27. Thibaut, §. 1225. G.

2. Durch den Antrag der Gläubiger. Wenn, in diesem Falle, der Schuldner die Ueberschuldung nicht zugesteht, und also nicht cediren will, jedoch die als erwiesen vorliegenden Verbindlichkeiten nicht erfüllt, so wird nun auch eine richteramtliche Beleuchtung erlaubt, ob eine verhältnißmäßig große Schuldenlast vorhanden sey. Sollte diese das Activvermögen auch nicht ganz erschöpfen, so reicht doch schon die Schwierigkeit, die sich zeigenden Gläubiger einzeln zu befriedigen, zum weiteren Fortschritt hin: vorzüglich dazu, daß der Schuldner angewiesen werden kann, jene Zahlungsfähigkeit zu beweisen, und die Mittel anzugeben, womit die gegenwärtigen Gläubiger befriedigt werden können. Denn es können ja noch unbekannte Gläubiger vorhanden seyn *). Zum Zweck dieser Erforschung des Activ- und Passivzustandes ist auch dem Richter eine öffentliche Ladung an unbekannte Gläubiger erlaubt: jedoch bloß zum Zweck der Gewißheit, ob der Concurs zu eröffnen sey, oder nicht. Findet sich nun diese Nothwendigkeit vor, so erläßt der Richter ein ausdrückliches Decret: daß nunmehr mit der Eröffnung des Concurses vorzuschreiten sey. Mit diesem decreto de aperiundo concursu hebt nun der formelle Concurs an, Archiv, l. c. Nro. VII. 2.; und das diesem Decret vorausgegangene Verfahren nennt man das präparatorische Concursverfahren. Gönner, l. c. Danz, summar. Proceß, §. 155. Fände sich aber der Richter bewogen, schon in diesem präparatorischen Verfahren dem Schuldner die Veräußerung seines Vermögens zu untersagen, so muß, von dieser Inhibition an, die Begründung der Nichtigkeitsklage berechnet werden.

3. Bloß von Amts wegen. Dies geschieht in folgenden Fällen.

---

*) Vergl. hierüber meine Materialkritik: Entw. LXXXX.

a. Wenn der Richter die Ueberschuldung aus denen, vor ihm bereits verhandelten, Acten entnimmt, und er, nach deren Lage, nicht vermag, die einzelnen andringenden Gläubiger zu befriedigen, ohne dadurch die übrigen, auch bereits rege gewordenen, Gläubiger zu gefährden. Neuerlich ist jedoch diese richterliche Eröffnung bestritten worden von Lotz: im Archiv für die civilist. Praxis, Bd. 3. S. 77 ff.

b. Wenn der Schuldner entflieht, und die Umstände der Flucht zugleich eine cessio bonorum aussprechen. Archiv, Bd. 2. Abh. 34. Nro. VII. 1.

c. Wenn zu einer liegenden Erbschaft so viele Gläubiger sich melden, daß die Verlassenschaft zur Zahlung Aller nicht hinreicht. Doch muß eine wirkliche Ueberschuldung der Erbmasse vorliegen; nicht ein bloßes Unbekanntseyn der Erben oder Gläubiger. Auch diese Unbekannten können zwar edictaliter vorgeladen werden; allein eine solche Ladung ist keine Ladung zum Concurs. Danz, l. c. §. 154. Vergl. das Archiv: Bd. 2. Abh. 26.

Die Stundung bezeichnet eine Einwilligung der rege gewordenen Gläubiger, dem Schuldner eine bestimmte Zeit, zur Erholung, zu vergönnen. Soll eine solche Stundung, durch Stimmenmehrheit der Gläubiger, nach L. 8. C. 7. 71., festgestellt werden, so setzt sie voraus eine wirklich schon vorliegende Ueberschuldung, und das bewiesene Reifseyn des Concursprocesses. Denn, ist es möglich, daß jeder Gläubiger, durch Veräußerung der Masse, ohne Concursproceß, befriedigt werde: so kann kein Gläubiger durch Stimmenmehrheit genöthigt werden, die Execution hinausschieben zu lassen: mit anderen Worten, Stundung zu geben, §. 314.

§. 313.

A. Das Princip: der Concurs hat eine anziehende Kraft, hatte, vor Auflösung des Reichsverbandes, einen mehrfachen Sinn: nämlich

1. welcher Gläubiger von der Masse befriedigt seyn will, muß sich in foro concursus melden, wenn er auch seine Forderung schon früher, bei einem anderen competenten Gericht, anhängig gemacht hätte.

2. Die, im Concursgericht, sich bildende Gläubigergesellschaft*) ist befugt, auch über die außerhalb des Bezirkes von diesem Gericht liegenden Bestandtheile der Masse, unter Autorität des judicis fori concursus, zu disponiren.

3. Der judex rei sitae hat, auf Requisition des Concursgerichts, die Bestandtheile der Masse, (respective in Natur, respective den Erlös dafür), an den curator bonorum, oder an das Concursgericht, abzuliefern.

4. Die in anderen Gerichten anhängigen Processe müßen nicht bloß sistirt werden, sondern es sind auch die Acten in das Concursgericht einzusenden, um hier fortgesetzt und beendigt zu werden. Der Grund von allem Diesem war die Universalität des Concurses. Allein der vierte Punct war von je her bestritten, ist auch nicht zweckmäßig; und die Auflößung des Reichsverbandes hat auch die Puncte 1. 2. 3. wenigstens schwankend gemacht. Zusatz zu §. 3.

B. Von der Einrichtung der Concursacten siehe das Lehrbuch.

§. 314.

A. Moratorium ist ein, von der Regierungsgewalt, dem Schuldner gegebenes Privilegium gegen die Execution,

---

*) Sie ist keine Gesellschaft, sondern bloß eine, per communionem incidentem, sich bildende Genossenschaft.

M.

zum Besten solcher Gläubiger, deren Forderungen bereits bewiesen und zahlfällig sind. Als Hemmungen erworbener Privatrechte rechtfertigen sie sich nur durch Gründe des Gemeinwohls: wie z. B. die allgemeinen Indulte, in bedrängten Zeiten. Sowie aber die römischen Kaiser auch einzelnen Subjecten, bloß zu deren Gunsten, moratoria ertheilten — jedoch nicht über 5 Jahre (quinquennales) —, so auch unsere Regenten. Man setzt jedoch dabei voraus, daß das implorirende Subject unverschuldete Unglücksfälle bescheinige, und zugleich das weitere Verhältniß: der Activzustand seines Vermögens lasse Erholung hoffen, und hierdurch die Abwendung eines unnöthigen Ruines, durch den Concurs. Man fordert wohl auch von dem Imploranten Bürgschaft — wenigstens eidliche: daß er, im Laufe der Zeit des Moratoriums, sein Vermögen pfleglich (d. h. wie ein guter Hausvater) behandeln und nicht mindern wolle. Auch hört man, der Regel nach, die Gläubiger mit ihren Gegengründen. Geldzahlungen sind der eigentliche Gegenstand der Moratorien; nicht aber Dienstleistungen, oder andere Prästationen, zu deren Vollzug kein Geld erforderlich ist. Die Moratorien sind auch nur ein Privilegium gegen die Execution; und man kann sie daher keineswegs als Sicherungen gegen einzelne Processe ansehen. Der Schuldner muß sich auch auf solche Klagen einlassen, welche, nach erhaltenem moratorio, gegen ihn erhoben werden. Allein, wird er besiegt, so ruht die Execution bis zum Abschluß der Zeit des moratorii. Thibaut, §. 1221. Danz, summar. Proc. §. 161.

B. Die Stundung nennt man

1. die freiwillige: wenn sie von allen Gläubigern einstimmig verwilligt wird, Zus. zu §. 312. Diese steht unter den allgemeinen Principien der Verträge.

2. Die gezwungene oder nothwendige: wenn sie durch Stimmenmehrheit der Gläubiger hergestellt wird, gegründet auf l. 8. C. 7. 71. Nach diesem Gesetz entscheidet jedoch, bei der Abstimmung, nicht die Kopfzahl der Gläubiger; sondern der cumulus debiti, i. e. die Größe der einzelnen Forderungen: so daß, wenn ein einzelner Gläubiger mehr als alle Uebrigen zu fordern hat, seine einzelne Stimme auch alle übrigen Stimmen überwiegt. Sind die Stimmen, auf solche Weise berechnet, sich gleich, so soll humanior sententia entscheiden: d. h. die Meynung für die Stundung. Auf die Qualität der Gläubiger kömmt hier nichts an; die hypothekarischen können von den chirographarischen überstimmt werden, l. 8. cit. Auch können terminweise Zahlungen auf solche Weise festgestellt werden, als ein minus der unbedingten Stundung.

C. Ein Erlaß entsteht, wenn die Gläubiger, von der Summe ihrer Forderungen, einen Theil nachlassen: z. B. bestimmte Procente nehmen. Auch er ist entweder

1. freiwillig: wenn alle Gläubiger einstimmen. Hier treten ebenfalls die allgemeinen Grundsätze der Verträge ein.

2. Oder erzwungen: d. h. durch Stimmenmehrheit zu Stande gebracht. Nach den römischen Gesetzen, l. 7. §. 17. 18. 19. und l. 8. 9. 10. D. de pactis mit l. 58. §. 1. D. mandati, ist ein solcher Zwang zum Erlaß eines partis debiti, durch Stimmenmehrheit, nur für den Fall gestattet, wenn man den gesetzlichen oder Testamentserben eines überschuldeten Erblassers bewegen will, daß er die Erbschaft antreten möge: damit der Verstorbene, Ehren halber, doch einen Erben erhalte. Allein die Praxis hat jenes Gesetz, inconsequent, auch auch auf die Concurse lebender Gemeinschuldner ausgedehnt. Auch bei dem

gezwungenen Erlaß wird die Majorität nicht nach Köpfen, sondern nach der Summe, berechnet: jedoch können hier die Pfandgläubiger, durch die Chirographarier, zum Beitritt nicht gezwungen werden; wohl aber umgekehrt. Die, welche ein bloßes privilegium exigendi haben, werden hier den Chirographariern gleichgestellt. Thibaut, §. 1220. Danz, summar. Proc. §. 166.

In jenem Falle — litt. B. und C. — müßen aber alle bekannten und unbekannten Gläubiger, sub praejudicio der fingirten Einwilligung, vorgeladen seyn: denn sonst bindet der Stundungs- oder Erlaßvertrag die Abwesenden nicht. L. 10. D. de pactis und l. 58. D. mandati citt.

D. Der Stundungs- und der Erlaßvertrag können auch miteinander gleichzeitig verbunden werden: z. B. bestimmte Procente, in gewissen Zahlfristen, oder nach Ablauf bestimmter Jahre. Danz, l. c. §. 165.

§. 315 — 320.

Es wird mit oder nach Eröffnung des Concurses (Archiv, Bd. 3. S. 325 ff. 1. 2.)

1. eine öffentliche (Edictal-) Ladung erlassen, welche alle unbekannten Gläubiger auffordert, an einem bestimmten Tag (Liquidations- oder Professionstermin), in foro concursus zu erscheinen: Jeder, um seinen Anspruch, nach Grund und Größe, einzeln anzugeben: d. h. zu liquidiren, zu profitieren. Diese wesentliche Edictalladung wird in dem Concursgericht, und, dem gemeinen Rechte nach, in noch zweien anderen Gerichten, gewöhnlich verschiedener Länder (in dreier Herren Landen) öffentlich angeschlagen. Jetzt pflegt man jene Ladung in öffentlichen Zeitungen abzudrucken. Das Präjudiz jener öffentlichen Citation ist: wer nicht erscheine und nicht liquidire, der solle von dieser Masse ausgeschlossen seyn.

2. Die bekannten, d. h. im Concursgericht schon vorher klagbar gewordenen, Gläubiger werden durch Privatladung vorbeschieden, wenn nicht das Landesgesetz ausdrücklich verordnet hat: die öffentliche Ladung solle auch von bekannten Gläubigern befolgt, und als Privatladung angesehen, werden. Die bekannten Gläubiger müßen in dem Liquidationstermin (§. 318.) auch dann erscheinen und liquidiren, wenn sie auch schon vorher ihre Forderungen bestimmt angegeben haben: ja wenn schon hierüber verfahren und rechtskräftig erkannt worden wäre. Doch ist Dieses nur auf die eigentlichen Concursgläubiger zu beschränken; nicht aber auszudehnen auf die Vindicanten und Massegläubiger. Thibaut, §. 1231.

3. Während dieses Zeitraums, und auch schon während eines vielleicht eintretenden präparatorischen Concursverfahrens (Zus. zu §. 312.), muß das Gericht auf Sicherung der Activmasse denken: es muß dem Cridar wenigstens Veräußerungen untersagen, und mit dem Eintritt des formellen Concurses die Mobilien versiegeln, respective aber in gerichtliches Depositum bringen, auch Anstalt zur Fertigung eines Inventariums treffen. Danz, l. c. §. 168. Thibaut, §. 1230. Meine Rechtsfälle, Nro. 150. Der Richter bestellt daher, in diesem Zeitraume, wenn der Stand der Masse es erheischt, ex officio, einen interimistischen curator bonorum (custos), bis die Gläubiger, in dem Liquidationstermin, über die Beibehaltung dieses Curators, oder über die Wahl eines Anderen, sich berathen und erklären können. Siehe Nro. 5. Die nicht aufzubewahrenden Sachen können sofort öffentlich verkauft werden. Arg. l. 7. §. 1. D. 26. 7. und l. 22. C. de administratione et periculo tutorum. Auch pflegt das Gericht, in diesem Zeitraum, Zahlungen an den Cridar öffentlich zu verbieten, wenn nicht dieses Verbot schon der Edictalladung einverleibt worden ist. Das Geschäft

der Masseberichtigung dauert oft den ganzen Concursproceß hindurch: so daß das Locationserkenntniß, §. 321., häufig noch zu erkennen hat, was zur Vollendung der Masseberichtigung noch geschehen müße. Danz, §. 176. Claproth's summar. Proc. §. 322.

4. Noch vor dem Liquidationstermine wird der curator litis, vom Gericht, bestellt und beeidigt: vorzüglich auch dahin: keinen Gläubiger, vor dem Anderen, begünstigen zu wollen. Stepf's Lehre vom Contradictor: Ausg. 2. Leipzig 1821.

5. In dem Liquidationstermine wird das, zu den Generalacten gehörige, Liquidations- oder Professionsprotocoll entworfen — als Uebersicht der ganzen Passivmasse. S. Claproth und Gönner a. d. a. O. Nicht das gemeine Recht, gewöhnlich aber das Landrecht, gebietet: der Liquidant solle, mit der Liquidation, auch zugleich die Vorlegung der Beweismittel und deren Benennung verbinden, oder auf den vielleicht schon angetretenen Beweis zurückverweisen (Nro. 7. am Ende). Hat nun jeder erschienene Gläubiger liquidirt, so wird die Summe aller Forderungen gezogen, und mit dem Werth der vorläufig taxirten Activmasse verglichen: um beiläufig berechnen zu können, welche Befriedigung die Liquidanten wohl zu erwarten haben mögen. Dies gibt dann die Basis zum Versuch eines Stundungs- oder Erlaß-Vertrags, zur Abwendung des Concurses. Jetzt werden auch die Gläubiger wegen des curatoris bonorum befragt. Nro. 3.

6. Nach Ablauf der zur Liquidation festgesetzten Tagfarth oder Tagfarthen beschuldigt der curator litis alle, im Liquidationstermine, nicht erschienenen Gläubiger des Ungehorsams, mit der Bitte: sie, durch ein Decret, von der Theilnahme an dieser Masse auszuschließen. Dieser

sogenannte Präclusivbescheid wird bisweilen sofort publicirt; bisweilen aber auch, wiewohl weniger zweckmäßig, verspart bis zum Locationserkenntniß, §. 321.

7. Schreitet nun der Concurs vorwärts, so nimmt das Liquidationsverfahren seinen Anfang. Jedem Liquidanten sind besondere Acten anzuweisen, welche mit seiner Liquidation anheben: entweder als Extract aus dem Liquidationsprotocoll, oder als ein, vom Liquidanten, im Liquidationstermin, selber übergebener Aufsatz: genannt «Liquidations- oder Professions-Aufsatz.» Dieser Extract oder Satz ist gleich einer Klage oder Imploration. Auf denselben hat nun der curator litis sich vernehmen zu lassen: respondendo und excipiendo; und es entsteht nun ein summarisches Wechselverfahren zwischen ihm und jedem einzelnen Liquidanten. Dieses ist eben das Liquidationsverfahren. Mit diesem vereinigt sich, gemeinem Rechte nach, die Antretung des freiwilligen Beweises über die Wahrheit der vom Contradictor verneinten Forderung, und der vom Contradictor etwa vorgeschützten Einreden: damit es, im künftigen Locationserkenntnisse, nicht eines Interlocuts auf Bescheinigung und Gegenbescheinigung bedürfe. Alle ordentlichen Beweismittel, — auch die langsamen, — sind hier zulässig. Auch kann dem curator litis der Schiedseid angetragen werden. Er schwört aber nur de ignorantia: d. h. er wisse und glaube nicht. Der Nothstand, (weil sonst manche gegründete Forderung unerweislich bleiben würde), und die Möglichkeit, daß der curator litis, durch seine Instruction, von dem Grund oder Ungrund der Forderung unterrichtet seyn kann, entschuldigt diesen, von der Regel abweichenden, Gebrauch des Eides. Manche Landesgesetze haben ihn aber dennoch aufgehoben, und begünstigen mehr das Suppletorium des Liquidanten. Hat ein Gläubiger seinen Beweis, in früheren Acten, schon

geführt oder angetreten, so bezieht er sich auf jene Acten, und setzt seinen Beweis in denjenigen Acten fort, wo er angetreten ist. Danz, summar. Proc. §. 183. Claproth, §. 358.

8. Nach dem Zwecke des Liquidationsverfahrens sollte (Nro. 7.) in demselben nur die Rede seyn von der Wahrheit oder Nichtwahrheit

a. der liquidirten Forderung, und

b. der etwa vorgeschützten Einreden des Contradictors. Die Frage hingegen: ob der Liquidant ein Vorzugsrecht habe? ist eigentlich der Gegenstand eines besonderen Verfahrens: nämlich des sogenannten Prioritätsverfahrens, in welchem der Contradictor nicht der eigentliche Gegner der Liquidanten ist, sondern diese untereinander sich selber bekämpfen. Ein besonderes Prioritätsverfahren erweitert und verlängert aber den Concursproceß vorzüglich; und das Lehrbuch hält daher (§. 321.) für gut, daß man jedem Liquidanten zur Pflicht machen sollte, bei der Liquidation sogleich auch anzugeben: ob er ein Vorzugsrecht verlange, — welches, — und weßhalb —? worauf sodann, ohne besonderes Prioritätsverfahren, der Richter die Rangordnung der Gläubiger, ex officio, in dem Locationserkenntniß, aussprechen könne; und welcher Gläubiger hiermit nicht zufrieden sey, der könne, nach dem Locationserkenntniß, auch gegen diejenigen Gläubiger hervortreten, welche, seiner Meynung nach, ihm mit Unrecht vorgezogen worden sind. Weil es jedoch in dem Zwecke des Concursprocesses liegt, schon vor dem Locationserkenntniß Alles zu verhandeln, was diesem Erkenntniß der Charakter einer möglichst festen Definitivsentenz geben und sichern kann, so findet man häufig, nicht nur daß jeder Gläubiger, da wo er liquidirt, sogleich auch angeben muß, ob und welches Vorzugsrecht er sich beimesse, und worauf er es gründe: son-

dern daß auch hierauf der Contradictor, Namens der Gläubigergesellschaft, jenen Prioritätspunct, in dem Liquidationsverfahren, mitbeantwortet, so daß sich, auf diese Weise, das Liquidations- und das Prioritäts-Verfahren, gleichzeitig, in den nämlichen Acten, vereinigt.

9. Ueber das Verlangen jedes einzelnen Vindicanten, Separatisten, oder Massegläubigers, sind besondere einzelne Actenfascikel anzulegen: denn diese Ansprüche gehören nicht in das Liquidationsprotocoll; sie sind kein Gegenstand des Liquidations- und Prioritäts-Verfahrens, wenn nicht ein Gläubiger jener Art zugleich ein eventueller Concursgläubiger geworden ist. In solchen Acten wird häufig auch nach den Regeln des ordentlichen Processes verfahren. Von dem Gegner der Vindicanten, Separatisten und dergl., siehe oben S. 246.

10. Sind nun alle diese besonderen Processe so weit instruirt, daß der Richter über jeden Anspruch aller einzelnen Vindicanten, sowie jedes einzelnen Liquidanten, absprechen kann, so folgt nunmehr das Locationserkenntniß, §. 321. ff.: auch genannt das «Prioritäts-» oder «Classifications-Urtheil», oder auch das «Collations-» oder «Designations-Erkenntniß.»

Den Manifestationseid, §. 319., kann der curator bonorum fordern,

1. ohne alle specielle Verdachtsgründe, von dem Gemeinschuldner selber, von dessen Eheweib, von dessen eidesmündigen Hauskindern, und von den bei ihm lebenden Familiengenossen, von Dienern, Gesinde ꝛc.

2. Von Anderen hingegen nur insofern als gegen dieselben ein specieller Verdacht der Unterschlagung, oder der Mithülfe, von dem curator bonorum, bewiesen werden kann. Claproth: summar. Proc. §. 314.

§. 321. 323.

In Hinsicht auf die Rangordnung der Gläubiger, in dem Locationserkenntniß, ist vorzüglich die Lehre vom Pfandrecht zum Grunde zu legen. Thibaut, §. 635. c. f. mit 1234. cf. Dabelow, l. c. cap. 21. p. 589. Gmelin, l. c. ad §. 321. 5te Ausgabe. Schweppe, System des Concurses der Gläubiger. Kiel, 1812. Zweite, vermehrte Ausgabe: Göttingen, 1824. Fast in allen deutschen Ländern findet man aber besondere Rechtssätze für die Rangordnung der Concursgläubiger: man findet, statt der römischen 5 Classen, wohl 7 und 8 Classen vorgezeichnet.

Eine tabellarische Uebersicht der 5 Classen, nach römischem Rechte, und der einzelnen, in jede Classe gehörigen, Objecte und Subjecte, mit Vergleichung der abweichenden Ansichten von Gmelin und Dabelow, findet man in Reinhardt's Lehre vom Gant: Stuttgart, 1819. §. 82. Ueber die Unkosten im Concursprocesse siehe Reinhardt l. c. §. 80.

§. 324.

Das Locationserkenntniß: — häufig, in einzelnen Puncten, nicht rein definitiv, sondern bedingt: — legt wohl noch Beweis auf; befiehlt, was noch geschehen solle, und dergl. Auch können, von einzelnen Gläubigern, Rechtsmittel gegen das Locationserkenntniß eingelegt werden. Auf diese Art entstehen oft noch processualische Verhandlungen, ehe es zur Distribution der Masse (§. 320.) kommen kann. Wenn insonderheit

A. ein Rechtsmittel (§. 263.) eingelegt wird

1. von einem Gläubiger, und dieses bezieht sich

a. auf das Liquidationsverfahren (z. B. weil ihm — diesem Gläubiger — ein Beweis vom Grund einer Forderung auferlegt sey, den er doch schon hinrei-

chend erhärtet habe), so ist das Rechtsmittel gegen den Contradictor zu richten: weil diesen das Liquidationsverfahren angeht; und es ist in denjenigen Acten zu verhandeln, welche über jene Forderung ausschließlich geführt sind, oder es sind neue Acten, zum Verfahren über dieses Rechtsmittel, anzulegen.

b. Bezieht es sich aber auf die Priorität, so muß es nur gegen denjenigen oder diejenigen Mitgläubiger gerichtet werden, zu deren Vortheil der sich beschwert findende Liquidant zurücklocirt worden ist. Ueber ein solches Rechtsmittel sind, in der Regel, ganz neue, besondere Acten anzulegen.

2. Wird ein Rechtsmittel von dem Contradictor eingewandt (z. B. weil eine, von demselben verneinte, Forderung für bewiesen erachtet, oder weil seine vorgeschützte Einrede nicht beachtet, worden sey), so muß der Contradictor das Rechtsmittel gegen denjenigen einzelnen Gläubiger richten, zu dessen Nachtheil das Locationserkenntniß eine Abänderung erleiden soll. Auch hier wird das Rechtsmittel entweder in den Specialacten des angefochtenen Liquidanten verhandelt, oder es werden besondere Acten angelegt.

3. Wenn einem Gläubiger oder Contradictor ein Beweis auferlegt, oder ein Eid zuerkannt, wurde, und das Locationserkenntniß wird, in diesem Puncte, rechtskräftig, und jene Auflage bezieht sich

1. auf das Liquidations-Verfahren, so ist die Erledigung jener Auflage wieder ausschließliche Sache des Contradictors und des einzelnen Liquidanten, in dessen Specialacten. Bezieht sich aber die Auflage

2. auf die Priorität, so müßen diejenigen Gläubiger als Gegner angesehen werden, welche ein Interesse dabei haben, daß jener Beweis nicht geführt, oder jener

Eid nicht geschworen, werde. Nach Umständen kann eine solche Beweishandlung in den Specialacten desjenigen Gläubigers fortgesetzt werden, durch oder wider welchen die erkannte Beweishandlung vollzogen werden soll. Es kann sich aber auch das Anlegen neuer, besonderer Acten nöthig machen. Im Zweifel wählt man Letzteres, um Confusion zu vermeiden.

C. Wenn das Rechtsmittel (A.) oder die Auflage (B.) einen selbstständigen Nebenpunct betrifft, z. B. Bestrafung des Gemeinschuldners und dergl., und es sind, dieses Punctes wegen, schon Specialacten vorhanden, so geschieht auch die Fortsetzung in diesen Acten. Wo nicht, so werden neue Acten dafür angelegt.

§. 325.

Der sogenannte Distributionsbescheid*) ist eigentlich kein Bescheid: d. h. kein Decisivdecret, sondern nur ein berechnendes, auch der Rechtskraft nicht unterworfenes, Schema, wie viel, aus dem vorliegenden Erlös aus der Activmasse, auf jeden Gläubiger, nach Maaßgabe des rechtskräftigen Locationserkenntnisses, komme, und wie weit die Masse reiche. Grolman, §. 263. Zur Eröffnung dieses Schema, und zur Vertheilung der Masse, wird eine besondere Tagfarth anberaumt, welche, nach den Landesgesetzen, häufig peremtorisch ist, so daß das Nichterscheinen als Verzicht angesehen, und die verzichtete Summe in die Masse zurückfallen, soll: zum Vortheil der übrigen, entweder nachfolgenden oder mitparticipirenden, Gläubiger. Claproth's summar. Proc. §. 140. ff. Die leer ausgehenden, oder nicht ganz befriedigten, Gläubiger behalten ein Recht auf den neuen Erwerb des Ge-

*) Vergl. hierüber Zeisig: über Vertheilungsbescheide in Concursen. Chemnitz, 1825. M.

meinschuldners (melior fortuna). L. 7. D. de cessione bonor. (42. 3.) L. 7. Cod. qui bonis cedere poss. (7. 71.). Der schuldlose Faillite hat jedoch gegen sie, — nicht aber gegen die in jenem Concurs gar nicht aufgetretenen Gläubiger, auch nicht wegen neu contrahirter Schulden — das beneficium competentiae, wenn er ad meliorem fortunam kommen und von ihnen belangt werden sollte. §. 40. Inst. de actionibus (4. 6.). L. 4. L. 6. 7. D. de cess. bonor. (42. 3.). Thibaut's System des Pandectenrechts §. 107., und Desselben civil. Abhandl. S. 350 ff. Haben die Gläubiger einen Erlaßvertrag (§. 314.) mit dem Cridar geschlossen, so ist dieser von dem ganzen Verbindlichkeits-Reste frei, wenn sich die Gläubiger nicht ausdrücklich vorbehalten, daß er das jetzt Nachgelassene dennoch bezahlen solle, wenn er ad meliorem fortunam komme. Dieser Vorbehalt ist also Cautel.

Anhang.

Theoretisch-praktische Bemerkungen über die Anerkennung — Agnition und Recognition — der schriftlichen Beweisurkunden, deren Anerkennung durch Instruments- und andere Zeugen, den Diffessionseid, die Handschriftvergleichung, und andere Aechtheitsbeweise.

Ausführlichere Commentation von §. 196. 202. u. 203.

In dem Civilprocesse unterscheidet man gewöhnlich zwischen Agnition und Recognition einer Urkunde *). Diese Benennungen, welche das deutsche: Anerkennung zusammen begreift, sind nur doctrinelle Kunstnamen. Die Römer brauchten bekanntlich das Wort agnoscere und recognoscere oft als gleichbedeutend; jedoch bezeichnet das recognoscere auch noch besonders ein Wiedererkennen — ein wiederholtes Anerkennen. Dieses ist nun auf solche Privaturkunden anwendbar, welche der Product selber ausstellte. Denn hierdurch agnoscirt er zugleich das Document, als von ihm herrührend;

*) Archiv, Bd. 1. S. 55 f. G.

und wenn ihm nun in der Folge das nämliche Document zur Erklärung vorgelegt wird, ob es von ihm ausgestellt sey, diese seine Antwort aber bejahend ausfällt, so enthält diese beifällige Erklärung ein *recognoscere*. Die öffentliche Urkunde hingegen hat nicht den Producten zum Autor, sondern eine öffentliche Behörde. Daher bediente man sich, in Ansehung der dem Producten zur Anerkennung vorgelegten öffentlichen Documente, nur des allgemeineren Wortes: *agnoscere*. Scharf genommen sollte man dieses Wort auch auf diejenigen Privaturkunden anwenden, welche von dem Producten selber nicht herrühren, jedoch gegen ihn Beweiskraft haben [1]; allein weil doch die Privaturkunden obiger Art die Regel sind, so erstreckte man das recognoscere auf alle Privaturkunden, und verknüpfte hiermit noch einen, in der Doctrin und Praxis sehr bedeutenden, ja herrschenden, Nebenbegriff, nämlich den einer ausdrücklichen Erklärung über die Aechtheit irgend eines vorgelegten beweiskräftigen Privatdocuments. Es seyen nun diese Kunstnamen zu tadeln oder zu loben, so führt doch derselben Verschiebung und Verwechselung zur Verwirrung, und selbst zu irrigen Grundsätzen.

1. Anerkennung einer Urkunde ist nichts Anderes als ein Geständniß ihrer Aechtheit [2]). Dieses Geständniß kann auch hier seyn, entweder

a. ausdrücklich, oder

b. stillschweigend, oder

c. fingirt: als Folge der ungehorsamen Verweigerung der zwangspflichtigen Erklärung über den Aechtheitspunct; ja

d. auch qualificirt, im Sinne des Civilpro-

---

1) Archiv, Bd. 2. S. 4. lit. D. G.

2) Archiv, Bd. 1. S. 59 f. G.

cesses [1]). Die von dem Producenten ausgehende Aufforderung an den Producten, «dieser solle sich über die Thatsache der Aechtheit, d. h. wegen der Anerkennung der Urkunde, erklären»: ist eine Aufforderung zur Antwort auf des Producenten Behauptung der Aechtheit. Durch diese Antwort des Producten soll die factische Streitfrage über den Präjudicialpunct der Aechtheit festgestellt, und deren besonderer Beweis, durch das Geständniß des Antworters, unnöthig werden; sowie Dieses der Zweck aller Antworten auf eine gegnerische relevante Behauptung ist [2]).

2. Jede Thatsache oder Behauptung aber, welche schon bewiesen ist, oder, nach dem Willen des Gesetzes, für erwiesen geachtet werden soll, ist nicht Gegenstand eines weiteren Beweises [3]), und also auch nicht Gegenstand einer speciellen Antwort des Gegners, wider welchen die Behauptung zu beweisen war. Hierdurch nun entsteht ein Unterschied zwischen der Anerkennung einer öffentlichen Urkunde, und der einer Privaturkunde. Zunächst bezeichnet man diesen Unterschied des Aechtheitsbeweises, oder des Weges zu diesem, durch das Princip: «documenta publica sind nur zu agnosciren, documenta privata hingegen zu recognosciren» [4]). Weil nämlich

a. die öffentliche Urkunde, der Regel nach, zugleich auch die, in die äußeren Sinne fallenden, Merk-

---

1) Vergl. zu a. b. c. und d. d. Archiv, Bd. 1. S. 43 f. G.

2) Vergl. d. Archiv, Bd. 1. S. 41 f. §. 7. G.

3) Archiv, Bd. 1. S. 264 f. §. 1. c. und S. 340 f.

4) Auch nach dem außersächsischen Sprachgebrauch, und zwar vorzüglich nach diesem. Gönner, Handb. II. 46. §. 9. Thibaut, P. R. §. 1181. G.

male der Aechtheit, das öffentliche Siegel ꝛc., an sich trägt, weil das Gesetz vorschreibt: wo die notorischen Formbedingungen des öffentlichen Glaubens als vorhanden sich zeigen, da soll hiermit der Richter zugleich auch von dem Ursprunge des Documents, sowie von der Wahrheit von dessen Inhalt, so lange vollüberzeugt seyn, bis der Product diese, gesetzlich vorgeschriebene, Ueberzeugung des Gerichts legal zu entkräften vermag, so bedarf es auch keines zweiten Weges zum Ziel jener richterlichen Ueberzeugung [1]). Und darum bedarf es auch keiner positiven Erklärung des Producten über die Aechtheit der öffentlichen Urkunde. Allein der directe Gegenbeweis wider obige einfache Rechtsvermuthung kann ihm so wenig abgeschnitten werden, als gewiß er diesen auch indirect, d. h. künstlich, führen darf: durch sogenannte Einreden, deren Wahrheit mit jener präsumtiven Aechtheit im Widerspruch steht [2]). Damit nun dieser Theil seines Gehörs und seiner Vertheidigung nicht gefährdet werde, so ist ihm, dem Producten, auch das Corpus der öffentlichen Urkunde im Original vorzuzeigen, um die Merkmale der Aechtheit prüfen, und Merkmale oder Gründe der Nichtächtheit, Fälschung ꝛc., angeben zu können [3]). Bei dieser Vorzeigung der Urschrift — Production — kann er über die Aechtheit des Documents ausdrücklich beifällig sich erklären; allein er darf [4]) auch gänzlich schweigen, wenn er die Aechtheit und deren vorliegende Merkmale nicht anfechten will. Schweigt er

---

1) Archiv, Bd. 1. S. 60. G.

2) Vergl. d. Archiv, Bd. 2. S. 7. Note 19. a. E. G.

3) Archiv, Bd. 1. S. 51. G.

4) Wenn nicht Landesgesetze ihn zur ausdrücklichen Erklärung anstrengen. Schaumburg, in princ. prax. jud. pag. 319. not. * ed. 1794. G.

nun, wendet er gegen die Aechtheit der öffentlichen Urkunde nichts ein, so hat er diese agnoscirt. Und damit muß der Producent sich begnügen — er kann den Producten nicht nöthigen, ausdrücklich über die Aechtheit sich zu erklären. Denn ein doppelter Beweis ist zwecklos [1]). Tritt hingegen der Product mit einer kahlen Verneinung der Aechtheit hervor, ohne Merkmale oder factische Gründe der Unächtheit anzugeben, und diese nachzuweisen, so bleibt obiger äußere Aechtheitsbeweis des Producenten, mit der hiermit verbundenen Rechtsvermuthung, stehen, und der Product ist nicht befugt, jene, bereits bewiesene, Aechtheit, durch den sogenannten Diffessionseid (S. 324), als nicht wahr darzustellen. Daher der Grundsatz: öffentliche Urkunden bedürfen der Recognition nicht, und lassen die eidliche Diffession nicht zu.

Wenn jedoch jener Aechtheitsbeweis einer angeblich öffentlichen Urkunde, an und mit dieser, nicht vollüberzeugend gegeben ist, so darf und muß der Producent derselben Original dem Producenten mit der Aufforderung vorzeigen: «über die Aechtheit ausdrücklich sich zu erklären, d. h. sie ausdrücklich zu agnosciren — nach obigem Nebenbegriff: sie zu recognosciren. Verneint, in diesem Falle, der Product die Aechtheit, erkennt er die Urkunde in der Qualität einer öffentlichen nicht an, so muß der Producent ihre Aechtheit, die Qualität einer öffentlichen Urkunde, ebenso beweisen, wie er Dieses in Hinsicht auf eine andere, vom Gegner verneinte, Behauptung zu thun schuldig ist [2]). Bedarf der Beweis jener Qualität eines Urtheils Sachverständiger, so kann er insoweit weder durch Zeugen, noch durch Eides-

1) Archiv, Bd. 1. S. 340. §. 18. G.

2) Archiv, Bd. 1. S. 51 f. Note ***. G.

delation geführt, und ebensowenig durch einen gesetzlichen Eid, ergänzt oder aufgelößt werden [1]). Insofern hingegen die qualitas publica als eine historische Thatsache sich darstellen läßt, können, nach der Natur der Sache, weder die Eidesdelation, noch Zeugen, als Beweismittel der Aechtheit ausgeschlossen seyn [2]). Im letzteren Falle ist dann auch die Anwendung der gesetzlichen Eide denkbar. Das juramentum diffessionis, im Sinne der deutschrechtlichen Proceßtheorie [3]), findet jedoch hier nicht Statt, wenn man von dem nicht unmöglichen Falle einer vertragsmäßigen Uebereinkunft absehen will [4]). Er ist nur für Privaturkunden berechnet, und leidet, als singulär, keine Ausdehnung. Der Product darf also die Ableistung eines, ihm angesonnenen, Diffessionseides verweigern, ohne Gefahr, daß die Urkunde für anerkannt geachtet werden könne. Will ihm der Producent, in jenem historischen Gebiete, den Schiedeseid antragen, so muß diesem das juramentum calumniae vorausgehen; auch steht dann dem Producten die Erlaubniß zu der Zurückschiebung des Haupteides, sowie zu der Gewissensvertretung, gesetzlich offen [5]). Und diese Vortheile

---

1) Archiv, Bd. 1. S. 52. Note **. G.

2) z. B. daß der, als Gränzstein zweifelhaft vorliegende, Stein einst von geschworenen Feldmärkern, kraft ihres Amtes, als Gränzstein gesetzt worden sey. G.

3) S. unten lit. B. 1. S. 285 f., und d. Archiv, Bd. 2. S. 8 f. G.

4) z. B. der Producent forderte jenen Eid, und der Product erklärte sich bereitwillig zur Ableistung; oder der Product erbot sich zuerst hierzu, der Producent aber willigte ein. Das Dispositionsrecht der Parteien wird auch hier wirksam. Martin, §. 100. G.

5) Nach den allgemeinen Principien von dem angetragenen Eid. Martin, §. 215. f. G.

kann ihm der Producent, durch das Ansinnen eines Diffessionseides, nicht entziehen. Hingegen

b. die Privaturkunden, so wie auch selbst die documenta quasi publica, tragen die beweisenden Kennzeichen ihrer Aechtheit nicht an sich. Die Beweiskraft solcher Documente hängt zunächst an der Wahrheit der, ihren Inhalt bekennenden oder genehmigenden, Namensunterschrift des angeblichen Autors [1]); und «daß jene von Diesem, oder dessen — zu selbiger — Bevollmächtigtem, wirklich vollzogen worden sey»: ist eine vom Producenten behauptete Thatsache, von welcher der Richter zuvörderst, von außen her, überzeugt werden muß, ehe er den Inhalt der Urkunde als Beweisgrund ansehen darf. Die Schriftzüge einer Privatperson, oder ihr Privatsiegel, sind für den Richter nicht notorisch. Die bloße Privaturkunde und das documentum quasi publicum [2]) sind also dem Producten in der Urschrift, nicht bloß zu dem Zweck einer stillen An- und Einsicht, sondern auch zur ausdrücklichen Erklärung vorzulegen, «ob er ihre Aechtheit zugestehe oder nicht:» d. h. ob er zugebe oder nicht, «daß die Urkunde Den zum Autor habe, welchen der Producent, als solchen, in Bezug auf ihre Unterschrift, angegeben hat»; deßgleichen, ob er das Document, dessen Inhalt nach, für Dasjenige gelten lasse, wofür der Producent es ausgibt [3]). Die beifällige Erklärung des Producenten wird, wie schon oben bemerkt, in Bezug auf jede Privaturkunde, Recognition genannt. Mit dieser ist der Aechtheitsbeweis gegeben und beendigt. Der Product ist zwangspflichtig zu jener ausdrücklichen Erklärung über die Aechtheit:

---

1) Archiv, Bd. 1. S. 62 Note *** a. E. G.

2) Archiv, Bd. 1. S. 59 Note *. G.

3) Archiv, Bd. S. 59. G.

zur Antwort auf des Producenten Behauptung der Aechtheit[1]); und wenn er also diese Antwort ohne, hiervon ihn befreiende, Einreden, in Hinsicht auf eine, die Aechtheit voraussetzende, beweiskräftige Urkunde, verweigert, d. h. die Aechtheit weder zugesteht, noch verneint, so wird endlich die Recognition als geschehen fingirt — die Urkunde, zur Specialstrafe seines Ungehorsams, für anerkannt geachtet[2]). Von dieser *ficta* recognitio unterscheidet sich, dem Ursprung nach, die *tacita*, in Hinsicht auf Privat- und gleichsam-öffentliche Urkunden. Stillschweigend hat der Product ein solches Document recognoscirt, wann er durch eine schlüssige, positive Handlung, unbedingt, zu erkennen gibt, daß er selber ihre Aechtheit als wahr voraussetze[3]). Geschieht die Recognition ausdrücklich, so nennt man sie

a. die generelle, wann der Product nur die Unterschrift für ächt erkennt, und allgemeinhin erklärt: «er erkenne die Urkunde an»[4]); hingegen

b. die specielle, wenn die Erklärung auch auf die Qualität und den Inhalt des Documents sich miterstreckt: z. B. er recognoscire dieses dafür, wofür der Producent es ausgebe. Manche Landesgesetze begnügen sich nicht mit jener generellen Anerkennung[5]), und auch hier kann die ficta recognitio die Folge eines Ungehorsams seyn.

---

1) Archiv, Bd. 1. S. 41 f. §. 7. G.

2) Archiv, Bd. 1. S. 62. mit Note **. G.

3) Archiv, Bd. 1. S. 41. Note **. G.

4) Von einer noch mehr generellen, auch, nach gemeinem Processe, noch nicht hinreichenden, Recognition spricht Schaumburg, in princ. prax. jud. Lib. 1. S. 1. Mb. 3. cap. 3. §. 16. not. ***. G.

5) Vergl. Oelze, in der Anleit. zur juristischen Praxis, §. 223. G.

Erklärt sich der Product zwar ausdrücklich, jedoch verneinend, über die Aechtheit der, ihm vorgelegten, Privaturkunde, m. a. W. erkennt er die Unterschrift nicht für die seinige, oder des vom Producenten angegebenen Autors, so ist der sie producirende Beweisführer nunmehr verbunden, einen Aechtheitsbeweis zu unternehmen [1]), wenn er will, daß die Urkunde Beweismittel werde, und ihr Inhalt als Beweisgrund diene. Und hier treten nun folgende Wege und Fälle ein. Ist die Urkunde

1. ein documentum quasi publicum, so kann der Producent

a. die Instrumentszeugen über die Aechtheit des, angeblich von ihnen mitunterschriebenen, Documents eidlich vernehmen lassen, aber auch

b. von dem Producten den deutschrechtlichen Diffessionseid verlangen, oder auch

c. durch andere als die Instrumentszeugen, ja auch durch andere Urkunden, sowie durch Antrag des Schiedseides, deßgleichen durch Schriftvergleichung, einen Aechtheitsbeweis unternehmen.

2. Ist sie eine bloße Privaturkunde, so kömmt das Nämliche unter 1. b. und c. zur Anwendung.

A. Vorhandene Instrumentszeugen, und deren Aussagen über die Aechtheit des, von ihnen mitunterzeichneten, Documents, stehen unter den allgemeinen Principien des Beweises durch Zeugen [2]). Ihre Aussage muß rein

---

1) Daß dieser auch bei einer als öffentlich angegebenen Urkunde sich nöthig machen könne, wurde S. 281 schon gedacht. G.

2) Archiv, Bd. 1. S. 63. Note *. Die Artikel, welche Oelze in der Anleitung zur juristischen Praxis §. 244. als Muster gibt, sind auf documenta quasi publica anwendbar, und nicht auf den gewöhnlichen Zeugenbeweis der Aechtheit siehe unten lit. C. Doch läßt sich auch denken, daß Zeugen, der Unter-

historisch seyn: — kein Urtheil; eine *comparatio literarum*, im Sinne unter C., ist weder ihr Zweck, noch sind sie als Zeugen dazu fähig. Eine *recognitio* soll durch sie geschehen. Es kann aber hierbei die Qualität der Urkunde, als eines *documenti quasi publici*, neben der Frage nach der Aechtheit als Privaturkunde überhaupt, eines besonderen Betrachts bedürfen. Diese Aechtheit kann bewiesen seyn; und jene Qualität nicht: so daß die Sache nur die Natur einer solchen probatio per testes annimmt, wie solche auch bei bloßen Privaturkunden Statt findet [1]).

B. Sobald der Product die Aechtheit eines gleichsam öffentlichen Documents, oder einer bloßen Privaturkunde, verneint hat, kann der Producent von demselben den Diffessionseid fordern: sowie auch der Product hierzu sich erbieten, und der Richter, ohne eine solche vorgängige Aeußerung jenes oder dieses streitenden Theils, von Amts wegen, wenigstens alternativ, auf desselben Ableistung erkennen, darf [2]). In allen drei Fällen aber kann der Producent noch da, wo der Product zum Abschwur jenes Eides sich bereit erklärt hat, ja der Act des Abschwurs eröffnet worden ist [3]), die wirkliche

---

schrift wegen, mitzugezogen werden, ohne daß es in der Absicht der Interessenten liegt, ein documentum quasi publicum herzustellen. G.

1) Vergl. unten lit. C. G.

2) z. B. «der Product sey verbunden, die Urkunde entweder anzuerkennen, oder eidlich zu diffitieren.» Ueberall zeigt sich eine singuläre Zwitternatur des deutschrechtlichen Diffessionseides. Theils ähnelt er dem richterlichen Eid, theils dem Schiedeseid über einen Nebenbeweis. G.

3) Und wenn der Product schon in die Form eines Schwörenden eingetreten wäre — schon Hand und Finger emporhielte. G.

Ableistung jenes Eides dadurch verhindern, daß er zu einem Aechtheitsbeweis sich erbietet [1]). Auch enthält diese Unterbrechung keinen Verzicht [2]) des Producenten auf die Rückkehr zu jenem Eid des Producten, im Falle der Aechtheitsbeweis ihm gänzlich mißlingen sollte [3]). Einen Gefährdeeid kann der schwörende Product dem Producenten nicht ansinnen; und ebensowenig gestattet man ein Zurückschieben des Diffessionseides [4]), in dem Falle wenn auch nicht von der eigenen Unterschrift des Producten die Rede ist [5]). Allein diesem einen directen Gegenbeweis, d. h. einen Beweis der Nichtächtheit durch andere Beweismittel als den Eid [6]), zu versagen: wäre

---

1) Der Anschein einer Gefährde kann dabei den Producenten zu einem Gefährdeeid verpflichten. Nov. 71. Cap. 7. pr. et §. 3. G.

2) S. unten, gegen das Ende dieser Abhandlung. G.

3) Vergl. auch Goldschmidt, Abhandlungen aus dem deutschen gemeinen Civilprocesse, Abhandl. 8. G.

4) Dann fällt selbst bei dem Schiedseid das Zurückschieben hinweg. Archiv, Bd. 2. S. 30. Note 10. G.

5) Nämlich 1. bei einer, angeblich vom Producten selber unterschriebenen, Urkunde: «daß er sie weder selber geschrieben oder unterschrieben habe, noch mit seinem Wissen und Willen von einem Anderen habe schreiben oder unterschreiben lassen»; und 2. bei einer solchen Urkunde, welche einen Dritten zum Autor haben soll: «er wisse und glaube nicht, daß dieser vom Producenten angegebene Dritte die Urkunde selber geschrieben, oder unterschrieben, oder daß er sie von einem Anderen habe ꝛc.» Deltze, a. a. O. §. 224. Schaumburg, l. c. p. 230. seq. G.

6) Ja auch der Schiedseid muß hier Platz greifen, insofern der Product den directen Gegenbeweis künstlich führt, und dem Producenten über die Vordersätze den Schiedseid anträgt. So oft ein directer Gegenbeweis nur künstlich geführt wird, ist es erlaubt, über die Prömissen, der Eidesdela-

eine, allgemeinen Principien zuwiderlaufende, Beschränkung der Vertheidigung. Insofern tritt eine Gewissensvertretung ein: wenn nicht dem Namen, doch der Sache, nach. Auf die Formel des Diffessionseides hingesehen, spricht derselbe sich wie ein Reinigungseid aus [1]). Allein dessen Grundlage, — ein zu beseitigender unvollkommener Beweis der Aechtheit, — fehlt insofern, als das bloße Daseyn des beschriebenen Papiers, für den Richter, nichteinmal eine praesumtio hominis [2]) begründet, «der von dem Producenten vorgegebene Autor der Urkunde sey Dieses wirklich.» Diese kahle Behauptung des Producenten, zu eigenem Vortheil, verdient gar keinen juristischen Glauben: er kann also auch den Producten mit einem Reinigungseid nicht belasten. Ein Gefährdeeid [3]) kann

---

tion sich zu bedienen, selbst gegen den klaren Inhalt öffentlicher Urkunden — selbst im Gebiete der Gewissensvertretung ꝛc. Analog treten hier die nämlichen Gründe ein, welche in diesem Archiv, Bd. 1. S. 157. lit. D. von der erlaubten Häufung des Schiedseides mit andern Beweismitteln vorgetragen wurden. G.

1) Dafür halten ihn auch Manche. Vergl. Piper, de vera jur. diffess. indole. Jenae 1806. Vergl. mein Handbuch, Thl. 1. S. 350. Note 286. G.

2) Martin, §. 196. Note i. (e.), nimmt hier sogar eine praesumtio juris an, in Bezug auf L. 14. in f. Cod. 8. 38. Daraus könnte man also auch die Natur eines Reinigungseides, oder noch mehr Günstiges für den Producenten, folgern. Allein jene Gesetzstelle spricht von Urkunden der Tabellionen, welche wir unseren Notariatsinstrumenten gleichstellen können. Savigny, Geschichte des röm. Rechts im Mittelalter, Bd. 1. S. 48 f. Vergl. jedoch auch Eichhorn, deutsche Staats- und Rechtsgeschichte, S. 3. §. 461. G.

3) Dafür hält ihn Martin, §. 203. und §. 196. und bezieht sich auf römische Gesetze. Diesen aber ist jener Eid ganz unbekannt. Die Nov. 49. Cap. 3. pr.

er auch nicht seyn — so etwa ein juramentum respondendorum[1]); denn er vernichtet einen Beweissatz des Producten — dessen Behauptung der Aechtheit —, und entscheidet so eine materielle Streitfrage endlich[2]). Wäre der Diffessionseid nur ein juramentum calumniae, so müßte, auch nach desselben Ableistung durch den Producten, der Producent einen Aechtheitsbeweis mittelst Zeugen, Schriftkundigen ꝛc., unternehmen dürfen[3]); allein dieses ist der Fall nicht. Die Urkunde ist durch ihn eine Nulle, für diesen und einen künftigen Proceß gegen den jetzigen Producten, geworden[4]). Nur der Beweis eines, vom Producten wissentlich abgeschworenen, wahren Meineids, oder neu aufgefundener Aecht-

---

spricht von dem allgemeinen römischen Gefährdeeid, und von einem speciellen gegen Verzögerung; die Nov. 18. cap. 8. aber gerade von einem Haupteid, welchen der Producent dem Producten über die Aechtheit der Urkunde anträgt. Archiv, Bd. 2. S. 9. G.

1) Martin, §. 307. G.

2) Vergl. Oeltze, a. a. O. §. 224. Nro. 4. mit Note c. G.

3) Martin, a. a. O. §. 307. a. E. G.

4) Will daher Derjenige, welcher eine Executivklage auf eine Urkunde gründete, diese gegen den Untergang durch einen dargebotenen Diffessionseid des Beklagten retten, so muß jener Kläger den ganzen Executivproceß fallen lassen, um auf dem Wege des ordentlichen Processes, wenn hier der Beklagte die Aechtheit der Urkunde abermals verneint, von einem Aechtheitsbeweis S. 324. Gebrauch zu machen. Dieser ist in dem Gebiete des Hülfsprocesses deßhalb unzulässig, weil solcher alle langsamen Beweise ausschließt. Insofern jedoch ein schleuniger Aechtheitsbeweis denkbar ist, z. B. durch eine öffentliche, die schon früher geschehene Anerkennung klar beweisende, Urkunde, würde ausnahmsweise die Zulässigkeit dieses Aechtheitsbeweises allerdings eintreten. Vergl. lit. D. G.

heitsbeweis, kann sie in das processualische Leben zurückführen [1]). Es ist auch ungegründet, daß der Diffessionseid durch einen Bevollmächtigten abgeschworen werden dürfe. So wenig ein Gesetz Dieses erlaubt, so gewiß stünde es mit seinem Zweck und seiner Natur im Widerspruch. Von seiner Ableistung hängt häufig Gewinn und Verlust des ganzen Rechtsstreits ab: — er gehört dem Material der Sache an, und hat, in dieser selbst, Entscheidungskraft. Dennoch ergibt sich aus den oben S. 285 f. angeführten, ihm eigenen, Principien von selbst, daß auch die Vergleichung mit einem, dem Producten stillschweigend angetragenen, Schiedeseid sich nicht durchführen läßt [2]). Er steht für sich allein, mit und in seinem eigenen Gebiete und Wesen, und ist wahrscheinlich deutschrechtlichen Ursprungs [3]), durch die Reichsgesetze im Allgemeinen gebilligt [4]), durch den Gerichtsgebrauch und die Landesgesetze aber regulirt [5]). Den römischen Aechtheitsbeweis durch Antrag des Schiedeseides [6]) hat er außer Uebung gesetzt, keineswegs aber aufgehoben; sondern welcher Producent

---

1) Beides muß man hier annehmen. Ersteres, weil jeder Eid, selbst der Schiedeseid, durch den Beweis des Meineids entkräftet werden kann; Letzteres, weil der Diffessionseid, obgleich kein Reinigungseid, doch als juramentum legale sich ansehen läßt. Zu einseitig ist Danz, ord. Proc. §. 335. G.

2) Für ein juramentum tacite delatum halten ihn Malblanc, Thibaut u. A. Vergl. Zimmern, in comm. de juram. diffess. Heidelb. 1817. G.

3) Mein Handbuch, Thl. 1. S. 348 f. G.

4) Reichsabsch. v. J. 1654. §. 39. Unter dem: «vel diffitendo» ein kahles Verneinen, ohne Eid, verstehen zu wollen, läuft wider die Geschichte. G.

5) Vergl. Goldschmidt, a. a. O. S. 95. §. 5. G.

6) Archiv, Bd. 2. S. 9. G.

hierüber zu dem Hülfsrecht seine Zuflucht nehmen, und dabei den Principien des Schiedeseids sich unterwerfen, will, Dem kann diesen Weg kein Richter abschneiden. Es folgt aber aus Obigem von selbst, daß der Producent, in dem Gebiete des Diffessionseides, sich freier zu bewegen vermag, und daß es also nicht Cautel ist, den römischen Weg einzuschlagen.

C. Der Aechtheitsbeweis durch andere als Instrumentszeugen, ist auf die Thatsache gerichtet: entweder

a. daß sie, die Zeugen, zugegen waren, und mit eigenen Augen sahen, wie der Product, oder der vom Producenten angegebene Autor, die jetzt in Frage stehende Urkunde schrieb oder unterschrieb [1]), oder doch

b. «daß der Product, oder jener Autor, dieses Document einst, in ihrer Gegenwart, als Dasjenige anerkannt habe, wofür jetzt der Producent es ausgibt. Insonderheit muß also auch zugleich die Identität jenes und dieses Documents mitbewiesen seyn, und kein Urtheil der Zeugen findet hierbei Beachtung [2]). Auch die Aussagen solcher Zeugen dürfen nur historisch erzählend seyn, wie bei allen eigentlichen Zeugen [3]), und es gibt daher, in dem gemeinen Rechte, keine solche recognitio per testes, wobei die Zeugen, als Solche, die Kenntniß der Schriftzüge des angegebenen Autors zu beurkunden hätten, und die Behauptung, die vorliegende Urkunde sey von diesem oder jenem Autor geschrieben oder unterschrieben [4]). Eine solche Versicherung ist werthlos

---

1) Vergl. oben Note 28. G.

2) Archiv, Bd. 1. S. 63. Note *. G.

3) Archiv, Bd. 1. S. 39. §. 6. G.

4) Wenn manche Landesgesetze hier eine Mißgeburt hervorgebracht haben, so ist Dieses kein Grund, derselben in der Doctrin

für die richterliche Ueberzeugung von der Aechtheit der Urkunde. Im Falle aber die Zeugen obige Thatsache unter a. oder b. bewahrheiten, kann, besonders in Hinsicht ad a., ein voller Aechtheitsbeweis das Resultat seyn, aber auch, nach seiner Unvollkommenheit, ein gesetzlicher Erfüllungs- oder Reinigungseid. Die Thatsache unter b. tritt in das Gebiet außergerichtlicher Geständnisse, und es ist also der deßhalbige Beweis zugleich nach der Kraft einer solchen Confession, vom Richter, mitzubeurtheilen[1]).

D. Denkbar ist es, daß der Aechtheitsbeweis einer Urkunde auch durch eine andere Urkunde, wenn nicht vollständig, doch bis zu einem gesetzlichen Eid, geführt werden kann: hier gleichsam durch einen leblosen Zeugen, wie dort, unter C., durch lebende Subjecte. Unmöglich ist es nicht[2]), daß eine andere, für ächt anzuerkennende, oder anerkannte, oder als solche bewiesene, wider den Producten beweiskräftige, Urkunde eines anderen, — mit dem jetzt streitigen Document, nach dessen Inhalt, äußeren Kennzeichen rc., harmonirenden, — Documents, als eines von dem jetzigen Producten anerkannten, oder als eines von dem, abseiten des Producenten angegebenen, Autor herrührenden, auf eine solche Weise erwähne, welche die Identität dieses erwähnten, und des jetzt producirten Documents, wenigstens bis zur Begründung eines gesetzlichen Eides, wahrscheinlich macht. Und warum sollte dieser Aechtheitsbeweis nicht zulässig seyn, da er leichtmöglich von höherer Stärke seyn kann, als das Resultat einer Schriftvergleichung?! —

---

des gemeinen deutschen Processes einen Platz zu vergönnen. Vergl. auch Oeltze, a. a. O. §. 226. a. E. G.

1) Archiv, Bd. 1. S. 49. Note **. G.

2) Auch abgesehen von dem, in diesem Archiv, Bd. 1. S. 62. Note ** a. E., gedachten Falle. G.

E. Diese, — die eigentliche *comparatio* oder *collatio literarum*, — besteht in einer, durch vereidete Schreibkunstverständige, auf Ansuchen des Beweisführers, und auf richterliche Instruction jener artis peritorum, bewirkten, Vergleichung der Schriftzüge der streitigen Urkunde, (deren Aechtheit der Product ausdrücklich verneinte), mit einer authentischen, d. h. unstreitig, oder vollerwiesen, von dem angegebenen Autor herrührenden Urkunde: zum Zweck eines mit, aus der Schreibkunst hergenommenen, Gründen unterstützten Urtheils — Erachtens, «ob beide jene Documente, — das authentische, und das, rücksichtlich der Aechtheit, streitige, — von der nämlichen Hand geschrieben seyen.» Justinian[1]) verirrte sich in diesem Gebiete dergestalt, daß er mehrmals die Gesetzgebung änderte, und am Ende doch ein ziemlich dunkles Chaos uns hinterließ[2]). Insonderheit quälte ihn das Feststellen desjenigen Documentes, aus welchem, als einem von dem Producten, oder von dem angegebenen Autor, gewiß geschriebenen oder unterschriebenen, die Vergleichung geschehen solle: m. a. W. der Beweis der Authenticität des, zur Vergleichung mit dem ungewissen Document dienen sollenden, Documents. Bald sollte jenes erst eine öffentliche, oder in einem öffentlichen Archiv aufbewahrte, Urkunde seyn[3]); bald ließ er auch eine bloße, von dem jetzigen Producten einst für sich selber producirte, Privaturkunde als Grund-

---

1) L. rest. 16. et L. 20. Cod. et Auth. ad h. Const. 4. 21. Nov. 49. Cap. 2. Nov. 73. pr. et Cap. 7. Die L. 22. Cod. 19. 22. erwähnt nur kurz der collatio literarum, als Nebenhülfsmittel zur Entdeckung des falsi. G.

2) Eine nähere Beleuchtung der in voriger Note angezogenen Gesetze Justinians, siehe im Archiv, Bd. 2. Hft. 3. Nro. XXXII. G.

3) L. 20. Cod. 4. 21. G.

lage der Vergleichung gelten[1]); und endlich suchte er durch ein umständliches Gesetz eine ganz geregelte Bahn vorzuzeichnen[2]), welche jedoch Parteien und Richter verwirren kann, unterscheidet man nicht genau

a. die Recognition durch Instrumentszeugen, lit. A.,

b. von der Recognition durch andere Zeugen, lit. C., und

c. die eigentliche collatio seu comparatio literarum.

Zunächst muß, nach den Principien einer doctrinellen Erklärung und Praxis[3]), eine Urkunde vorliegen, von welcher voll bewiesen ist, daß Derjenige sie geschrieben oder unterschrieben habe, welcher, nach des jetzigen Beweisführers Angeben, auch diejenige Urkunde geschrieben oder unterschrieben haben soll, deren Aechtheit jetzt in Frage steht, und von dem dermaligen Producten verneint wurde. Jene Authenticität einer, der Vergleichung zum Grund zu legenden, Urkunde wird nun, in Civilsachen, gewiß am zuverlässigsten durch des jetzigen Producten Geständniß ihrer Aechtheit hergestellt[4]),

---

1) Nov. 49. Cap. 2. et auth. Ad haec rel. Cod. 4. 21. (ad L. 20. all.). G.

2) Nov. 73. Cap. 7. G.

3) Man nenne nur nicht Alles Praxis, was als Meynung einzelner, mitunter sehr unpraktischer, Rechtsgelehrten in deren Schriften sich findet. G.

4) Dieses Geständniß ist auch dann vorhanden, wann der jetzige Product einst das nämliche Document, welches jetzt zur Vergleichung dienen soll, als von ihm ge= oder unterschrieben, zu seinem Vortheil selber producirte, oder als von Dem ge= oder unterschrieben, von welchem die jetzt streitige Beweisurkunde, nach des dermaligen Producenten Angeben, herrührt. Letzterer wird dabei freilich zu bedenken haben, ob nicht der jetzige Product, als vormaliger Producent, von der Wahrheit abirrte. Denn denkbar wäre es, daß Solcher, seines eigenen Vortheils

und dabei kann etwas darauf überall nicht ankommen, ob dieses als ächt anerkannte Document eine öffentliche, gleichsam-öffentliche, oder eine bloße Privaturkunde sey. Nur die Schriftzüge bedürfen der Gewißheit; so daß es gleichviel ist, ob jene authentische Urkunde ein Liebesbrief oder ein Testament sey. Hat aber Derjenige, von dessen Schriftzügen jetzt die Rede ist, einst ein öffentliches, oder gleichsam-öffentliches, Document eigenhändig unterschrieben, und es ist, daß Dieses geschehen sey, in jenem instrumento publico zugleich beglaubigt, oder findet sich die Anerkennung der Schrift oder Unterschrift, selbst unter öffentlichem Glauben, documentirt [1]), oder erkennen wenigstens zwei Instrumentszeugen die Urkunde eidlich für diejenige an, welche einst die vom Producenten angegebene Person, in ihrer Gegenwart, und nebst ihnen, eigenhändig ge- oder unterschrieben habe, oder können andere Zeugen dieses Schreiben oder Unterschreiben, als selbst percipirt, dergestalt historisch bewahrheiten, daß auch kein Zweifel an der Identität des Documents übrig bleibt, so muß auch ein solcher Authenticitätsbeweis der, zur Vergleichung dienen sollenden, Urkunde die Stelle eines Geständnisses des jetzigen Producten vertreten. Ja auch der Antrag des Schiedseides muß in diesem Gebiete Statt finden [2]); und wollte man fragen: ob, wenn z. B. ein Zeugenbeweis jener Art unvollkommen ausfiele, der Richter auf einen gesetzlichen Eid er-

---

wegen, eine unächte Vergleichungsurkunde für ächt gelten ließe. Dieses, und der Blick auf Criminalsachen, war vielleicht ein Grund von Justinians Aengstlichkeit in der L. 20. Cod. 4. 21. G.

1) Archiv, Bd. 1. S. 62. Note **. G.

2) Er findet sogar in Rücksicht auf die Aechtheit der Beweisurkunde selber Statt. S. oben, und das Archiv, Bd. 2. S. 9. G.

kennen dürfe? so würde auch Dieses insofern zu bejahen seyn, als die Aechtheit oder Unächtheit der Schrift oder Unterschrift als historische Thatsache sich auffassen ließe, und jener Eidschwur nicht ein Urtheil enthielte [1]).

Ist die Vergleichungsurkunde als authentisch festgestellt, so haben nunmehr die Schreibkunstverständigen die Schriftzüge der jetzigen, vom Producten als ächt verneinten, Urkunde mit den Schriftzügen jener authentischen Urkunde zu vergleichen: um das Urtheil zu finden, und begründet zu urtheilen, «ob die Schriftzüge beider Documente nur ein und das nämliche Subject zum Autor haben, m. a. W. von der nämlichen Hand geschrieben sind.» Dieses rationelle Geschäft solcher Sachverständigen, für sich allein, kann nie eine volle Ueberzeugung geben [2]). Der Beweis durch sie ist nur ein künstlicher Beweis, dessen Product ein Schluß, wobei die authentische Vergleichungsurkunde einen Vordersatz bildet. Auch die höchste Aehnlichkeit gibt noch keine Gewißheit, da es nicht nur möglich ist, daß zwei Personen sehr gleiche Schriftzüge führen, sondern auch betrügerische Kunst die Schriftzüge täuschend nachzuzeichnen vermag [3]). Wenn daher auch das bestimmteste und starkbegründete Urtheil der Sachverständigen dahin ausfällt: «die Schriftzüge beider Urkunden wären von der nämlichen Hand geschrieben», so kann dennoch höchstens ein Erfüllungseid des Producenten das juristische Resultat seyn [4]), insofern Letzterer die Aechtheit der streitig gewe-

---

1) Nach den allgemeinen Principien. Archiv, Bd. 1. S. 52. Note **. G.

2) Vor Justinian scheint die comparatio literarum als vollständiger Beweis angesehen worden zu seyn, L. 15. Cod. 4. 21.; er selber aber wurde schüchtern. Nov. 73. pr. G.

3) Nov. cit. 73. pr. G.

4) Grolman, in der Theorie des ger. Verf. in bürg.

senen Urkunde als historische Thatsache beschwören kann. Der Regel nach aber wird den Producten nur ein Reinigungseid treffen, dessen Inhalt alsdann mit dem des Diffessionseides gleichlautend ist. Sollte nichteinmal dieser Eid durch die Schriftvergleichung begründet seyn, ja wäre das Erachten der Schreibkünstler wider den Zweck des Beweisführers ausgefallen, so steht Diesem der Regreß zu dem Diffessionseid offen [1]). Eben Dieses muß Statt finden im Falle wenn der Aechtheitsbeweis, durch Instruments- oder andere Zeugen rc., nichteinmal als Grundlage eines Erfüllungs- oder Reinigungseides dienen kann. Denn alle diese Aechtheitsbeweise sollten den Diffessionseid nur verhindern. Anders, wenn die Zeugen einen directen Gegenbeweis wider den Producenten, und für den Producten, aussprächen [2])!

So gewiß übrigens

1. die recognitio per testes: — hier aber
   a. die durch Instrumentszeugen, und
   b. diejenige durch andere Zeugen: — und
2. die comparatio literarum, ganz verschiedene Aechtheitsbeweise sind, — Jeder sein eigenes selbstständiges Gebiet, nebst ihm ausschließlich eigenen Rechtsprincipien,

---

Rechtsstr. §. 89. Oeltze, a. a. O. §. 227. m. 4. Danz, in den Grundſ. des ordentl. bürg. Proc. §. 338. G.

1) Martin, §. 304. a. E. Ohne Landesgesetze läßt sich nicht nachweisen, daß der Regreß zum Diffessionseid dann ausgeschlossen sey, wann für den Aechtheitsbeweis eine peremtorische Frist vorgeschrieben war. Des Producenten Zuflucht zu dem Diffessionseid ist noch mehr begünstigt als der Gebrauch des Schiedseides, und doch ist selbst dieser, nach fruchtlos versuchtem Beweis, nicht immer verloren. Martin, §. 176. Archiv, Bd. 1. S. 157. §. 3. G.

2) Z. B. die Instrumentszeugen sagen bestimmt aus: «nicht der Product, sondern ein anderes Subject, habe die Urkunde ausgestellt, und nebst ihnen unterschrieben.» G.

hat, — so gewiß können sie mit- und nebeneinander zur Anwendung kommen [1]). Dann ist es auch möglich, daß die eine Classe der verschiedenen Beweismittel die andere Classe stütze: daß die factischen Beweisgründe, einzeln betrachtet, keine volle juristische Ueberzeugung geben, wohl aber in der Vereinigung diesen Erfolg haben [2]).

---

1) Neben den zugezogenen Instrumentszeugen können auch andere Zeugen, zufällig, bei dem Rechtsgeschäft zugegen gewesen seyn. Jene und diese kann der Producent herbeiziehen, und überdies von der comparatio literarum durch Schreibkunstverständige Gebrauch machen. Es ist eine erlaubte Häufung der Beweismittel. Ja Justinian selber geht Nov. 73. Cap. 7. von einer Vereinbarung aus, mit dem nicht undeutlichen Blick, daß die comparatio literarum als ein bloß subsidiarischer Aechtheitsbeweis anzusehen sey. Die Gefährdeeide sind übrigens in den deutschen Gerichten weniger häufig und nöthig als in dem römischen Processe. G.

2) Z. B. dem Erachten der Schreibkünstler tritt die Aussage eines Zeugen hinzu, «er habe den Producten diese Urkunde unterschreiben gesehen.» G.

Heidelberg,
Universitätsbuchdruckerei von Johann Michael Gutmann.

Nachstehende empfehlungswerthe Bücher sind bei Karl Groos in Heidelberg, sowie in allen Buchhandlungen zu haben.

Erhardt, Simon, (Hofrath und Professor), Einleitung in das Studium der gesammten Philosophie. gr. 8. fl. 1. 21 kr. oder 18 ggr.

*Esprit des Lois, par Mr. de Montesquieu. Nouvelle édition, augmentée de son eloge, par d'Alembert. 5 volumes. 8. 1801. fl. 6. oder Thlr. 3. 8 ggr.

Fecht, Chr. L. (Professor), der Fußwanderer, oder wie man reisen soll. In einer Fußwanderung aus dem Breisgau bis Zug veranschaulicht. 12. geheftet 54 kr. oder 12 ggr.

Hillebrand, Dr. Joseph, (ord. Prof. der Philos. zu Heidelberg), über die Einheit der Zeit und den Zusammenhang der Ereignisse in derselben. gr. 8. 1818. 18 kr. oder 4 ggr.

— — Propädeutik der Philosophie. 2 Theile. 1r Theil: Encyclopädie der Philosophie; 2r Theil: Geschichte und Methodologie der Philosophie. gr. 8. 1819. geheftet fl. 5. 24 kr. oder Thlr. 3.

— — Grundriß der Logik und philosophischen Vorkenntnißlehre, zum Gebrauche bei Vorlesungen. gr. 8. 1820. fl. 2. 24 kr. oder Thlr. 1. 8 ggr.

*Hinrichs, H. F. W., Dr. der Philos., die Religion im inneren Verhältnisse zur Wissenschaft. Nebst Darstellung und Beurtheilung der von Jacobi, Kant, Fichte und Schelling gemachten Versuche, dieselbe wissenschaftlich zu erfassen, und nach ihrem Hauptinhalte zu entwickeln. Mit einem Vorworte von Hegel. gr. 8. fl. 2. 42 kr. oder Thlr. 1. 12 ggr.

Jordan, (S. Dr. juris), observationes quasdam in Doctrinam de Morgengaba Germanica etc. 8 maj. 1820. 12 kr. oder 3 ggr.

Islaor, oder der christliche Barde, von M. A. von Salvandy aus dem Französ. deutsch übertragen von Friedrich Karl Freiherr von Erlach. 8. geheftet. Auf weiß Papier fl. 2. 6 kr. oder Thlr. 1. 4 ggr. auf ordinär Papier fl. 1. 30 kr. oder 20 ggr.

Langsdorf, Karl Chr. von, (Geh. Hofrath und Prof. der Mathematik zu Heidelberg), Gedanken über die nothwendige Herabsetzung der Salzpreise in Deutschland, mit besonderer Rücksicht auf das Großherzogthum Baden. 8. broschirt 18 kr. od. 5 ggr.

— — (G. H. von, Russ. Kais. Staatsrath und General-Consul in Brasilien), Bemerkungen über Brasilien mit gewissenhafter Belehrung für auswandernde Deutsche. gr. 8. 1821. Geheftet. Auf Velinppr. fl. 1. 48 kr. oder Thlr. 1. Schreibppr. fl. 1. 12 kr. oder 16 ggr. Druckppr. 54 kr. oder 12 ggr.

Neustetel, Dr. Leopold Joseph, (Advocaten und Procurator), und Zimmern, Dr. Sigmund, (Prof. des Rechts in Heidelb.), römischrechtliche Untersuchungen für Wissenschaft und Ausübung. Erster Band. gr. 8. 1821. fl. 3. oder Thlr. 1. 16 ggr.

— — der Büchernachdruck, nach römischem Rechte betrachtet, eine civilistische Abhandlung. gr. 8. Geheftet 54 kr. oder 12 ggr.

* Pöhls, Dr., Meno, Versuch einer gründlichen Darstellung der Lehre von Innominat-Contracten. Hauptsächlich gegen Gans. 8. 1821. fl. 1. 20 kr. oder 20 ggr.

Rau, Dr. K. H. (Hofrath und Prof.), Grundriß der Kameralwissenschaft, oder Wirthschaftslehre, für encyclopädische Vorlesungen. gr. 8. fl. 1. 12 kr. od. 16 ggr.

* Reflexionen über den Büchernachdruck, besonders zur Gewinnung eines neuen Gesichtspunctes in Betreff seiner Widerrechtlichkeit. Aus Veranlassung des Vortrags der Königl. Würtemb. Gesandtschaft bei der hohen deutschen Bundesversammlung. gr. 8. 27 kr. oder 6 ggr.

* Ruepp, Dr. jur. J., de Vindicatione rerum mobilium germanica. 4to maj. Parisiis. fl. 1. 12 kr. od. 16 ggr.

Seutter, J. G. Freiherr von, (Director des Königl. Würt. Forstraths), über den Bestand und die Behauptung des Forstregales. gr. 8. fl. 1. 12 kr. od. 16 ggr.

* Siebenpfeiffer, Dr. Ph. J., über die Frage unserer Zeit in Beziehung auf Gerechtigkeitspflege. gr. 8. fl. 2. 42 kr. oder Thlr. 1. 12 ggr.

Zimmern, Dr. S. W. (ordentl. Prof. in Heidelberg), Grundriss des gemeinen in Deutschland geltenden Erbrechts, zum Gebrauche für Vorlesungen. gr. 8. fl. 1. 12 kr. oder 16 ggr.

Zusatz zu Seite 189.

Nach den Schlußworten: «als nicht begründet zurückwirft» ist Folgendes noch einzuschalten:

, oder, nachdem er den Restitutionsproceß eingeleitet hatte, in diesem erkennt: «der Implorant habe die causam restituendi, oder die Läsion, d. h. die materielle Ungerechtigkeit des vorigen Urtheils, nicht bewiesen», und dergl. Man muß auch hier die restitutio contra *rem judicatam* scharf scheiden:

a. von der Restitutionsklage, d. h. von dem Gesuch, auf Rescission eines verletzenden außergerichtlichen Rechtsgeschäfts, z. B. eines Kaufs und dgl., gerichtet [1]). Hier tritt, nach deutschrechtlicher Gerichtsverfassung [2]),

1) S. oben Nro. IA. Vergl. Glück, Erleut. der Pand. §. 434. G.

2) Lauterbach, coll. theor pract. Lib. 4. Tit. 1. §. 11. Hofacker, princ. jur. rom. germ. §. 817. Wie nach der römischen Gerichtsorganisation, siehe Glück, a. a. O. ibi leg. et JCti all. Es dürften aber auch hier die Restitutionsarten nicht so geschieden seyn, wie es nöthig ist, um die Frage mit Sicherheit zu beantworten: bei welcher Behörde ist Re-

die allgemeine Regel ein: *actor sequitur forum rei*, §. 43.; und dessen Wahl hängt dann weiter davon ab, ob jenes klagende Restitutionsgesuch

α. bloß die Natur einer persönlichen Klage habe, oder

β. auch gegen den Besitzer, als Solchen, einer dinglichen Klage gleich, als actio in rem scripta, Statt finde [1]). Dort ist das forum *domicilii* des Imploraten der competente Gerichtsstand, §. 45. [2]); ob auch das forum contractus? ist streitig, §. 48. Im Falle β. aber concurrirt mit dem generellen foro domicilii auch das forum rei sitae, §. 46. Sollte, wie es rechtsmöglich ist, die factische Grundlage der Restitutionsklage als Einrede [3]), oder als specielle Replik gegen eine Einrede, benutzt werden [4]), so folgt von selbst, daß für diese Defensional-Restitution das forum litis pendentis allein competent ist.

---

stitution zu suchen? Die L. 3. Cod. 2. 47. sagt im Grund nichts weiter, als: zur Befugniß, Restitution zu ertheilen, gehört jurisdictio. Das Forum selber ist dort nur insoweit angedeutet, daß über die incidenter gesuchte Restitution der Richter der anhängigen Hauptsache entscheide. Dieses bezieht sich wohl auf die Restitution gegen Proceßversehen und auf die Fälle, in welchen, vi exceptionis, replicae vel duplicae, Restitution gesucht wird. G.

1) z. B. L. 5. §. 15. Dig. 27. 9. Glück, a. a. O. S. 406. zu §. 434. G.

2) L. 2. Cod. 2. 47. G.

3) d. h. zur Entkräftung der Klage, um diese als unstatthaft zurückzutreiben: um die Entbindung des Beklagten zu bewirken, nicht um eine Verurtheilung des Klägers zu begründen. Dieses ist der Sinn der L. 9. §. 3. D. 4. 2. G.

4) d. h. zur Entkräftung der Einrede, nicht als neuer Klaggrund; sondern, damit des Beklagten Einrede der Wirkung der Klage kein Hinderniß werde. Soviel

b. Von der Restitution gegen versäumte Noth- und andere peremtorische Fristen [1]). Diese Imploration ist immer nur Incident-Nebenpunct in der Hauptsache, und gehört, vermöge jener Qualität und der materiellen Connexität, lediglich zur Competenz des judicis litis pendentis[2]), §. 50., wiewohl auch hier, wenn das Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Rechtsstand von dem implorirten Untergericht abgeschlagen wird, Appellation gegen dieses abschlägliche Decret, als ein Decisivdecret, zweifellos Statt findet: ja auch Revision, Leuterung und dergl.

Was also unter IIIC. von dem foro restitutionis gesagt wurde, bezieht sich lediglich auf die restitutio contra *rem judicatam* [3]), welche ein Wiederaufleben des, nach strengem Rechte, todten Processes, m. a. W. eine nochmalige Prüfung desjenigen Materials der Parteiverhandlungen, bezweckt, über welche der Richter bereits zum Nachtheil des Imploranten erkannt hat — und zwar rechtskräftig, auf den Zeitablauf der zehntägigen

---

will sagen L. 9. §. 4. D. 12. 2. Daß dem Beklagten, in Ansehung einer speciellen Duplik, zur Entkräftung der Replik, die nämliche Befugniß zustehe, folgt von selbst aus der Gleichheit der Parteirechte, und aus der gesetzlichen Vorgunst für den Beklagten. L. 41. Dig. 50. 17. G.

1) S. oben Nro. IA. B. mit Nro. I. 3. G.

2) Das römische Recht erfordert, wie schon erwähnt, daß der Richter Jurisdiction habe, und schließt daher den judex aus, dem bloß notio zusteht, und noch mehr den bloßen Schiedsrichter, L. 3. all. Cod. 2. 47.; das canonische Recht aber, Cap. 9. X. 1. 41., erlaubt auch dem Schiedsrichter, über die incidenter gesuchte Restitution zu erkennen. Einen Schiedsrichter für den Restitutionsklage-Proceß zu wählen: ist dadurch nicht ausgeschlossen, wenn es das Object erlaubt. G.

3) S. oben IA. C. mit I. II. III. G.

Nothfrist der Einwendung eines ordentlichen Rechtsmittels hingesehen. Alle ordentlichen Rechtsmittel sind ausgeschlossen, auch die Appellation. Darum eben muß Restitution gesucht werden, und darum bei jenem Gericht, welches das angeblich materiell ungerechte Erkenntniß ausgesprochen hat: sey es nun die erste, zweite, oder höchste Instanz[1]). Wird der Richter selber angeklagt, so kann nicht um eine Restitution wider den vormaligen Gegner gebeten werden: nicht um Rescission des Diesem vortheilhaften Erkenntnisses, sondern nur um eine, vom Richter zu leistende, Entschädigung[2]). Das Obergericht kann also für das Restitutions-Gesuch nur als forum *extraordinarium* competent werden, unter Schonung des Instanzenrechts[3]). Seite 189 Note 3. mit Zusatz zu §. 57.

Suspensivkraft hat aber die Imploration um Restitution contra rem judicatam allerdings, der Regel nach, und insoweit, als die Execution dieser angefochtenen res judicata noch nicht vollzogen ist, oder insofern nicht aus ihrer schlechten Begründung der Verdacht einer gefährlichen Proceßverschleifung hervorleuchtet. In diesem letzteren Falle soll der Besiegte leisten, was jene res judicata ihm auferlegt; der hierdurch Siegende jedoch cautionem *de restituendo* bestellen[4]).

IVD. Einer eventuellen Häufung der Appellation mit dem Restitutionsgesuch steht nichts entgegen[5]); d. h.

1) L. 1. Cod. 2. 47. G.

2) L. 15. §. 1. in f. Dig. 6. 1. L. 2. Cod. 7. 49. G. L. Böhmer, el. jur. civ. T. II. dissert. 4. §. 15. G.

3) Thibaut, (welcher hierüber anderer Meynung ist), P. R. §. 1254. g. d. E., bezieht sich auf das römische Recht, ohne irgend ein Gesetz anzuziehen. G.

4) Cap. 6. X. 1. 41. G.

5) Wenn nämlich beide Rechtsmittel im Laufe des decendii eingewendet wurden. G.

im Falle der Implorant erklärt: «schlage das Untergericht die Gestattung des Restitutionsprocesses ab, so wolle er hiergegen appelliren», nämlich zu dem Zweck, daß das Obergericht erkenne: es sey dem Imploraten der Restitutionslibell zur Antwort mitzutheilen [1]). Erfolgt dieses oberrichterliche Decret (wohl ein rescriptum de emendando), so ist es gerecht, die Acten zu remittiren, §. 250. Auch umgekehrt läßt sich die eventuelle Häufung denken. Z. B. Appellation wird hauptsächlich und zunächst eingewendet; weil aber die Beobachtung des fatale decendii zweifelhaft ist, so fügt der Appellant hinzu: «würde die Appellation nicht gestattet, so bitte er um Restitution contra rem judicatam.» Ja es kann hierbei auch die restitutio contra lapsum fatalium nro. IA. lit. B. concurriren, wenn nämlich der Appellant vorher auf Restitution gegen die Versäumniß jener Nothfrist der Appellation, und auf deren Gestattung, anträgt, auf den Fall jedoch, daß Jenes und Dieses abgeschlagen würde, um Restitution contra rem judicatam bittet. Gleichzeitige Häufung der Berufung und restitutio contra rem judicatam wäre Widerspruch und Ueberfluß; Ersteres, weil diese Restitution keine Devolutivkraft hat; Letzteres, weil auch die Appellation nova zuläßt, §. 281. In Ansehung bloßer Suspensivrechtsmittel, §. 282., läßt sich jene successive Häufung der Restitution noch weniger bezweifeln, da das nämliche Gericht für beide Rechtsmittel zunächst und unbedingt competent ist; ja auch eine simultane Häufung [2]) ist hier weder Widerspruch noch Ueberfluß, insofern man voraussetzt,

---

1) m. a. W. «es seyen Restitutionsprocesse zu erkennen.» G.

2) Auch hier vorausgesetzt, daß das fatale decendii beobachtet wird. G.

a. der Revident und Implorant finde sich auch ohne *nova*, durch das publicirte Erkenntniß, beschwert, habe aber überdies

b. auch nova, und jenem ordentlichen Rechtsmittel sey das privilegium appellationis, *nondum deducta* rel., §. 281., abgeschnitten. Es ist ein durchaus irriges Grundprincip, wenn Gönner[1]) ohne Unterscheidung behauptet: «mit den übrigen Rechtsmitteln (im Gegensatze der restitutio contra rem judicatam) fechte man die formelle Richtigkeit der richterlichen Erkenntnisse an, mit der Restitution aber bestreite man die materielle Zweckmäßigkeit des Urtheils. Letzteres ist allerdings gegründet; allein auch durch die Appellation und Revision wird, der Regel nach, nur die materielle Richtigkeit, also die sententia als *iniqua*, angefochten, obgleich dieselben auch, wie die querela nullitatis, wegen der Formnichtigkeiten gebraucht werden können, und selbst gegen unheilbare Nichtigkeiten. Insofern Appellation und Revision ein Urtheil bloß ob iniquitatem (wegen materieller Ungerechtigkeit) anfechten, unterscheiden sich jene ordentlichen Rechtsmittel von der restitutio contra rem judicatam nur

a. durch die Fatalien, und

b. durch die, an die Stelle von deren Beobachtung tretende causa restituendi, und,

c. in besonderer Rücksicht auf die Revision, darin, daß diese nicht immer nova zuläßt. Eben Dieses sub c. ist aber der Fall einer möglichen cumulativen Häufung[2]).

---

1) a. a. O. §. 19. G.

2) Hierher gehört das Princip gar nicht: «die Restitution sey nicht in ein Revisorium zu verwandeln.» Dieses sagt nur soviel: «ohne nova, oder eine andere causa restituendi, läßt sich keine in integrum restitutio begründen.» Diese ist nie eine bloße Leuterung oder Revision der vorigen Verhandlungen. Wo aber nova sich finden, da kann Restitution ge-

VE. In manchen deutschen Ländern kennt man ein ordentliches Rechtsmittel unter dem Namen Restitution, respective mit — respective ohne Bedingung: wohl mit Ausschluß der novorum. Im ersteren Falle ist sie eine Mischung eines ordentlichen Rechtsmittels (nämlich in Rücksicht auf das fatale interponendi), und der gemeinrechtlichen restitutio contra rem judicatam; und Alles,

---

sucht werden, ohne daß hierdurch das Recht aufgehoben würde, auch die Vortheile eines solchen ordentlichen Rechtsmittels, zur legalen Zeit, zu benutzen, welches weder nova noch eine andere causa restituendi erfordert, wenn auch dessen Bedingungen vorhanden sind. Greifen diese durch, so mag die causa restituendi unerwiesen, oder das neue Beweismittel fruchtlos, bleiben. Wirkt die causa restituendi, als erwiesen, so ist noch mehr geschehen als absolut nothwendig war. Solches mag der Richter prüfen, wenn er, nach beendigtem Revisions- und Restitutionsproceß, in ipsa causa weiter zu erkennen hat. Man nehme an, das Gericht habe erkannt: «Kläger habe bewiesen, und Beklagter sey daher zu verurtheilen», hierauf aber legt der Beklagte innerhalb zehntägiger Nothfrist Revision ein, «weil durch seinen schon geführten Beweis wenigstens ein gesetzlicher Eid begründet wäre», fügt jedoch hinzu: «er habe nova instrumenta aufgefunden, oder diese früherhin zum Beweis nicht für dienlich erachtet 2c., bitte also, wenn der Richter jene Revisionsbeschwerde unerheblich finde, diese neuen Zeugen und dergl. zu verhören, und dann ihm Restitution contra rem judicatam zu ertheilen.» (Ist nämlich die Revision nicht begründet, so ist res judicata vorhanden). Wer möchte an der gesetzlichen Erlaubniß zu einer solchen Häufung zweifeln? Wer würde es illegal finden, wenn der Richter, vor Abhörung der Zeugen, über die Revisionsbeschwerde nicht abspricht, nach beendigtem Revisions- und Restitutionsverfahren aber eventuell reflectirt: d. h. zunächst über den Inhalt der vorigen Acten: und, begründet dieser keine reformatoria, dann auch über die Wirkung der novorum, oder auch über Beides zugleich! G.

was wegen der *novorum* in dieser gilt, muß auch dort subsidiarisch zur Anwendung kommen *).

VII. Von den Proceßkosten in dem Gebiete der Restitutionen siehe Gensler, Handbuch zu Martins Lehrbuch, Thl. 1. S. 395. ff. §. dd.

---

*) S. z. B. Oesterley, Handbuch des bürgerlichen und peinlichen Processes für das Königreich Hannover, Theil 2. §. 267. ff. v. Kamptz, Handbuch des Mecklenburger Civilprocesses, §. 176. G.

Verbesserungen des ersten Bandes.

S. 5	Z. 11 v. o.	lese man, statt	Abhandl. I., Abhandl. II.
S. 6	Z. 2 v. u.	» » »	§. 4., §. 54.
S. 11	Z. 8 v. u.	» » »	§. 198., §. 98.
S. 14	Z. 3 v. u.	» » »	dem Verzichte, ein Recht zum Verzichte.
S. 19	Z. 15 v. o.	» »	Nach diesem Begriffe (Handbuch, Abh. III. §. a.)
S. 20	Z. 7 v. u.	» » statt	§. 10., §. c.
S. 22	Z. 13 v. o.	» » »	§. 9., §. g.
S. 22	Z. 4 v. u.	» » »	§. 9. §. 65 seq., §. g. S. 60 seq.
S. 23	Z. 13 v. o.	» » »	§. 9. N. 2., §. g. N. 2.
S. 23	Z. 8 v. u.	» » »	§. 10., §. c.
S. 24	Z. 5 v o.	» » »	Gönner's Handb. Bd. I. §. 8., G. H. B. I. N. 8.
S. 36	Z. 2 v. o.	» » »	§. 10., §. c.
S. 144	Z. 14 v. o.	» » »	l. 2. 11. l 22. 11., l. 2. §. 1 l. 22. §. 1.
S. 144	Z. 5 v. u.	» » »	in Folge, in Folle
S. 145	Z. 4 v. u.	» » »	70., 75.
S. 154	Z. 5 v. u.	» » »	5. 19., 5. 1.
S. 156	Z. 14 v. o.	» » »	l unic., l. ult.
S. 159	Z. 5 v. u.	» » »	l 2. §. 3., l. 2. §. 4 und l. 3.
S. 162	Z. 6 v. o.	» » »	Note a., Note 8.
S 162	Z. 16 v. o.	» »	werden kann: l. 3. D. 44. 1. —
S. 165	Z. 8 v. o.	» »	statt l. 4. §. 27. D. 44. 1., l. 4. §. 27. u. 33. D. 44. 4.
S. 169	Z. 16 v. o.	» » »	§. 110., §. 100.
S. 169	Z. 4 v. u.	» » »	§. 9. 38., §. 98.
S. 221	Z. 13 u. 14 v. u.	» » »	§. 123 a. Nro. 1., Zusatz zu §. 123 d. Nro. 1. und 2.
S. 221	Z. 9 v. u.	» » »	Nro. III. b., Nro. III. 2.
S. 232	Z. 5 v. o.	» » »	§. 223, §. 123 a. — 123 f.
S. 240	Z. 17 v. o.	» » »	Bd. 4. Abh. 21. §. X. 12., Bd. I. Abh 21. §. 10–12.
S. 242	Z. 5 v. u.	» » »	§. 301., §. 304.
S. 249	Z. 13 v. u.	» » »	Note x mit S. 39, Note * mit S. 339.
S. 250	Z. 7 v. o.	» » »	55, 54.
S. 254	Z. 5 v. u.	» » »	25, 55.
S. 257	Z. 7 v. o.	» » »	Prax. §. 33., Pr. §. 80.
S. 258	Z. 10 v. o.	» » »	§. 6., §. c.
S. 258	Z. 17 v. o.	» » »	Nro. II. 2. 6., Nro. II. 2. b.
S. 271	Z. 13 v. o.	» » »	107. 252., 170. 257.
S. 276	Z. 5 v. u.	» » »	§. 262., §. 164.
S. 277	Z. 3 v. o.	» » »	contumacia, contumaciae.
S. 277	Z. 6 v. o.	» » »	135., 435
S. 277	Z. 7 v. o.	» » »	155., 452
S. 277	Z. 8 v. u.	» » »	§. 27., §. 77.

S. 282	Z. 10 u. 11	v. u.	lese man, statt	S. 28 Nro. 2., S. 48 Note **
S. 289	Z. 16	v. o.	» » »	S. 326, 346
S. 356	Z. 13	v. o.	» » »	§. 82., §. 182.
S. 373	Z. 2	v. o.	» » »	Bd. I., Bd. II.
S. 379	Z. 3	v. o.	» » »	III. 32., II. 32.

Verbesserungen des zweiten Bandes.

S. 4	Z. 14	v. u.	lese man, statt	l. 21. §. 3. D. 22., l. 21. §. 3. D. 22. 5.
S. 67	Z. 15	v. u.	» » »	1 44. §. 1., l. 41. §. 1.
S. 86	Z. 8	v. o.	» » »	8. 7., 3. 7.
S. 96	Z. 12	v. o.	» » »	42. 2., 41. 2.
S. 102	Z. 10	v. o.	» » »	4. 1., 42. 1.
S. 102	Z. 11	v. o.	» » »	7. 55., 7. 53.
S. 138	Z. 12	v. u.	» » »	41 et 55., 42 et 55.
S. 138	Z. 1	v. u.	» » »	42. 2., 42. 1.
S. 151	Z. 14	v. u.	» » »	2. 25., 2. 15.

Nachschrift des Herausgebers.

Seit dem Erscheinen vom ersten Bande dieser meiner glossirten Ausgabe des Gensler'schen Commentares hat auch die Universitätsbuchhandlung von Herrn Winter, durch die Hand des Herrn Doctor Guyet, eine Edition dieses Werkes veranstaltet, in deren Vorrede das juristische Publicum auf eine ebenso schnöde als arglistige Weise vor Ersterer gewarnt wird. Soll es nicht den Anschein gewinnen, als ob die Gründe dieser Warnung wirklich von Gewicht seyen, so muß ich mir hierdurch die Erlaubniß erbitten, dieselben kurz referiren und mich darauf erklären zu dürfen.

Einmal behauptet der Herr Doctor, daß der Gensler'sche Text, in meiner Ausgabe, mit groben Irrthümern, ja selbst mit Schreibefehlern, abgedruckt sey. Dieser Vorwurf ist ein schnöder, da sein Autor den Beweis desselben gänzlich schuldig geblieben ist und auch hat bleiben müßen. Statt einer, hier also unmöglichen, Widerlegung, fordere ich ihn auf, denselben zu begründen: mit dem Zusatze der Versicherung, daß ich keine Zeile jenes Textes ohne vorangegangene sorgfältige Prüfung habe abdrucken lassen, und daß durch meine vielfältigen Sprachänderungen gar manchem groben Irrthum, wozu derselbe hätte verleiten können, vorgebeugt worden sey.

Zweitens beliebt er, meine kritischen Noten grundlose und unwürdige Angriffe auf Gensler's Andenken zu nennen. Dieses, vom Dreifuß eines Neophyten herab gefällte, Verdammungsurtheil kann ich getrost verachten: in der Hoffnung, daß competente Richter dasselbe nicht werden unterschreiben wollen, wenigstens nimmermehr ohne Angabe ihrer Entscheidungsgründe.

Drittens gibt er zu verstehen, als ob seine Ausgabe, vorzugsweise vor der meinigen, nach einem Hefte letzter Hand

veranstaltet sey. Diese Bemerkung ist, so wie sie ausgesprochen steht, eine arglistige: da der oberflächlichste Blick der Vergleichung ihn überzeugen mußte, daß meinem Abdrucke, ebenso wie dem seinigen, ein in den letzten Vorlesungen des Verfassers dictirtes Manuscript zu Grunde liege.

Viertens macht er meiner Ausgabe den Vorwurf, daß die Citate der Rechtsquellen darin, zum Theile, gänzlich hinweggelassen seyen. Zum Belege davon vermochte er aber nichts anzuführen als einerseits die auf Seite 162 des Bandes I. fehlende, aber auf Seite 159, zur Begründung der nämlichen Theorie, bereits angeführt gewesene (s. das voranstehende Druckfehlerverzeichniß!) l. 3. D. 44. 1., und andrerseits die Auslassung von mehreren Gensler'schen Allegationen: «S. die leges in Nota x. y. z. des Martin'schen Compendiums.» Hierauf erkläre ich Folgendes. Veranlaßt durch diesen Vorwurf habe ich meine Ausgabe einer nochmaligen Vergleichung (mit ihrem Originale sowohl als mit dem Guyet'schen Abdrucke) unterworfen, und außer der bezeichneten l. 3. D. 44. 1. keine einzige Gesetzstelle gefunden, welche durch ein Versehen des Setzers hinweggeblieben wäre. Nur an zweien oder dreien Orten, wo der Verfasser, auf eine überflüssige Weise, eine Reihe solcher Allegate gehäuft hatte, ist je Eine derselben von mir hinweggestrichen worden; und daran verlieren meine Leser gewißlich nichts. Was dagegen meine Auslassung jener Gensler'schen Citationen der Noten des Compendiums betrifft, so verhält es sich damit folgendermaaßen. Ueberall wo die Theorie dieses Lehrbuches durch die von demselben allegirten Gesetze unstreitig begründet wird, ließ ich jene Citationen gänzlich hinwegfallen: weil der vorliegende Commentar, seiner durchgängigen Einrichtung wegen, doch niemals als ein selbstständiges Lehr- oder Handbuch benutzt werden kann, sondern immer nur in der Zusammenstellung mit jenem Compendium verständlich seyn wird. Wo hingegen ein von Martin citirtes Gesetz bestrittenen Inhaltes ist, oder aus einem sonstigen Grunde besonders herausgehoben zu werden verdiente, da begnügte ich mich nicht damit, dasselbe verweisend und indirect zu allegiren, sondern führte es direct, in meinem Texte, selber an: und zwar aus dem entscheidenden Grunde, weil Martin, in jeder neuen Ausgabe seines Lehrbuches, die Zeichen sowohl als die Zahl

seiner Noten verändert, mithin jene indirecte Allegation mein Buch bloß allein für die Besitzer einer einzigen Edition desselben brauchbar gemacht hätte, während es jetzt, wenn anders die Ordnung der §§. die nämliche bleibt, auch den Besitzern aller folgenden Ausgaben ebensowohl wird dienen können als denen der siebenten und achten, ungeachtet ihm präcise die sechste zu Grunde liegt. — Der Herr Doctor hat sich diese Mühe nicht gegeben, sondern Gensler's Citate der Martin'schen Noten so abdrucken lassen, wie er sie fand: dergestalt, daß seine Ausgabe insofern lediglich nur für die Inhaber der (von 1819 datirten) sechsten Edition des Compendiums verständlich und genießbar ist. Was er als einen Fehler tadelt, ist demnach vielmehr eine Tugend meiner Arbeit.

Fünftens wirft er mir eine Anzahl von Druckfehlern vor, die sich in meinen Abdruck der Allegationen der §§. 82. bis 93. eingeschlichen haben oder haben sollen. Unter dieser Zahl sind nun einerseits höchst unbedeutende, wie sie bei ihm selber dutzendfältig vorkommen *) (z. B. «Note ** statt Note 2», und «Seite 80 Note 8, statt Note a»), und andrerseits solche, die er theils mit Unrecht für Druckfehler hält, theils fälschlich corrigirt **). Mehrere andere von erheblicher Art dagegen sind mit Grund von ihm gerügt, und ich habe sie daher, gleichwie alle übrigen, die ich bei nochmaliger Revision aufgefunden, in dem voranstehenden Verzeichniß der errata, verbessert. Hämisch aber ist es, wenn er, wegen dieser, auf 21 Seiten zerstreuten, wenigen Druckfehler, meine Ausgabe, im Gegensatze von der seinigen, für unbrauchbar erklärt: da es ihm doch sehr wohl bekannt seyn muß, daß es kaum irgend ein juristisches Lehrbuch gebe, worin nicht, in gleichem Raume, sich deren ebenso viele fänden, und da er sich der Wahrheit, daß auch seine Ausgabe an diesem Gebrechen nicht minder leide, vollkommen bewußt seyn konnte ***).

---

*) Z. B. in der Schlußzeile seines Zusatzes zu §. 129. und 130. lese man, statt §. 136. litt. H., litt. A., und in seinem Zusatze zu §. 133., statt Note 2, Note b.

**) Seite 158 B ist allerdings zu lesen l. 2. Dig. und keineswegs l. 12., und S. 159 Z. 4 v. u. muß es keineswegs statt l. 2. §. 3. D. 44. 1. heißen l. 3., sondern l. 2. §. 4. u. l. 3.

***) So citirt er z. B. ad §. 153. und 154. l. 49. D. 50. 17. statt l. 41., und ad §. 194. Nov. 37. cap. 2., statt Nov. 73.

Sechstens deutet er an, daß seine Ausgabe, vorzugsweise vor der meinigen, durch Zusätze aus Privatmittheilungen des Verfassers bereichert sey. Dies ist, bis jetzt, noch keineswegs ersichtlich, und muß erst, durch einen zu erwartenden Anhang, zur Wahrheit erhoben werden, wenn jene Andeutung nicht als eine ungebührliche Jactation erscheinen soll. Vielleicht darf ich mir schmeicheln, daß die nicht geringe Summe meiner erleuternden und kritischen Noten, in der Wagschale meiner Edition, auf jeden Fall, als ein nicht unzulängliches Gegengewicht von diesen angekündigten Zusätzen werden erscheinen können.

Siebentens endlich bemüht sich der Herr Doctor, durch eine torquierende Interpretation des Badischen Landrechts, meine Ausgabe als einen unerlaubten Nachdruck darzustellen. Hiergegen bemerke ich, in Kurzem, Folgendes. Der Satz 577 d c dieses Landrechts sagt keineswegs schlechthin: «Das Schrifteigenthum geht, gleich jedem andern, in den — oder in allen — geeigneten Fällen, auf Andere über»; sondern «es geht in geeigneten Fällen auf Andere über»: das heißt also, in solchen Fällen, die sich mit seiner eigenthümlichen Natur vertragen.

Alle hierauf noch folgenden übrigen fünf Sätze handeln bloß vom Eigenthum an gedruckten Schriften; und darunter verordnet denn namentlich der Letzte (577 d h):

> «Das Schrifteigenthum gedruckter Schriften erlöscht mit «dem Tode des Eigenthümers, der sie in Verlag gab; je«der Besitzer der Schrift kann alsdann einen Nachdruck «veranstalten, so weit nicht besondere Gnadenbriefe, die «der Verleger hat, im Wege stehen.»

Dieses Gesetz wird nun von seinem eigenen Redacteur, Staatsrath Brauer, dem Tribonian des Badischen Staates (im Bd. I. S. 469—471 seiner Erleuterungen), wörtlich so commentirt:

> «Das Erlöschen des Eigenthums mit dem «Tode des Schriftverfassers, das aus den «vorderen französischen und badischen Gesetzen her«übergenommen ist, hängt ebenfalls mit obigen «Vordersätzen auf das genaueste zusammen. «Indem das Schrifteigenthum nicht bei dem Eigenthum «des Stoffs, worauf die Gedanken abgedruckt sind, stehen «bleiben darf, weil damit allein dem Verfasser nicht gedient «wäre, und dem Verleger auch nicht, sondern hauptsächlich

«das Eigenthum der Gedanken in sich aufnehmen muß,
«kann es nur durch eine Rechtsdichtung zu
«Stande kommen, welche diesen innern und geistigen
«Gegenstand wie einen äußeren und sinnlichen behandelt,
«und jeden Abdruck der Gedanken noch für Vertreter der
«Persönlichkeit des Verfassers gelten läßt. Wählte man
«einmal eine solche Rechtsdichtung, so mußte
«sie auch hier, wie es anderwärts geschieht,
«sich der Natur nachbilden; und wie nun in die-
«ser der Körper zur Leiche wird, sobald die
«Persönlichkeit, die ihn belebte, aus dem Zu-
«sammenhang der Welt hinausgetreten ist, so
«mußte auch jenes Schrifteigenthum seine le-
«bende und wirkende Eigenschaft in der bür-
«gerlichen Verfassung verlieren, sobald dieje-
«nige Person für sie vorhanden zu seyn auf-
«hörte, durch welche es allein wirkte und wir-
«ken konnte. Einem Verleger, dessen Schriftverfasser
«kurz nach dem Druck stürbe, droht damit einige Gefahr,
«für deren Abwendung durch Nachdruckprivilegien ihm in-
«dessen der einzige in dieses Gesetzgebungsge-
«bäude passende Ausweg noch immer offen gelassen ist,
«und weßwegen nicht Noth war, die unpassende
«Vorstellung eines solchen Schrift- oder gedruckten
«Gedanken-Eigenthums aufzustellen, das ohne den
«Denker bestehe, dem es einwohnt, und der das
«Recht jener Verfügung über Bestand und Wesen dieser
«Gedanken habe, das durch diese Eigenthumsart
«Andern versagt wird, oder allenfalls es dem Ver-
«leger einzuräumen, dem es nach Zusatz d e. nicht gehört,
«weil er nur eine bestimmte Nutzung daran, nicht aber
«das Verfügungsrecht über Bestand und Wesen selbst, hat.»

Nun frage ich jeden Unbefangenen, ob dieser classische Commentator, dessen Autorität und hermeneutischen Beruf der Herr Doctor in Devotion zu verehren hoffentlich nicht umhin können wird, hiermit etwas Anderes habe aussprechen wollen, als die Behauptung: daß das Schrifteigenthum überhaupt (und keineswegs bloß das Eigenthum an Druckschriften, oder gar bloß an solchen Druckschriften, die in fremden Verlag ge-

geben sind!) mit dem Leben des Verfassers erlösche: und zwar deßhalb erlösche, weil mit der eigenthümlichen Natur des geistigen Eigenthumes die Eigenschaft und der Begriff der Vererblichkeit ebenso unverträglich sind als mit der Natur eines Staats- oder Kirchenamtes?

Morstadt.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Sach=Register.

(Die römische Zahl bezeichnet den Band, die arabische die Seite.)

Abänderung einer vorgetragenen Behauptung I 178, 263, 287;
— eines Beweismittels I 317
Ableugnung s. Diffessionseid.
Abschiede I 182
Abschriften I 364
Accidentalien, des Proz. I 21
Accusatio contumaciae I 211, 212, 232
Acht I 208
Acquisitivverjährung I 267
Acten I 293
— Aufhebung der I 292, II 229
— Inrotulation II 192
— Sammeln I 22, II 229
— Schluß I 176 II 192
— Versendung I 110 II 158, 192
— Wiederherstellung II 191, 229
Actio confessoria I 47
— negatoria I 48
— in rem scripta I 74
— rei judicatae, seu judicati II 103
Actiones universales I 74 s. auch Klage.
Activ=Legitimation I 46, 155
Activ=Masse II 236
Actor, dessen Begriff I 119
Actuar I 56, 60, 103, 111
— Perhorrescenz des I 94
Adjudicatio II 112
Administrationsbehörde I 29, 30, 32
Administrativsachen I 27
Administratores rei alienae, II 12
Advocat I. 1, 112 ff.
— dessen Belohnung I 116
— verbot. Gebrauch des I 136 ff.
— Folgen ihrer Nachlässigkeit I 138
— dessen Verhältniß z. Clienten I 115 ff.
Advocatentaxe I 116
Aechtheit der Urkunden s. Urk.
Aechtheitsbeweis der Urk. I 368, 378 ff. II 279 ff. 284 ff.
Affirmanti incumbit probatio, dessen Begriff I 308.
Affirmatio I 308
Agenten I 15
Agnition I 372 ff. II 276
Agnitions=Termin I 378 ff. II 76 ff.
Agnoscere, dessen Begriff II 276
Akademien I 59
Alienatio judicii mutandi causa I 155
Almendingen I 12

Amtmann I 55.
Amtseid I 60, 103
Amtsstube I 55
Anerkennen I 372 II 276, 77
Anerkennungstermin I 371
Anstandsbrief s. moratorium
Antwort I 142, 157, 172, 268
— qualificirte I 308
Anwalt I 118
Apanagirte deutscher Regentenfamilien, deren Forum I 88
Appellation II 114, 120 ff. 130 140 ff.
— außergerichtliche II 140
— Effect der II 151
— Einführung II 144
— Einwendung II 141, 144
— Frist II 144
— Rechtfertigung II 142
— Verfügung auf die introduc. II 147 ff.
Appellationserkenntniß II 135, 150
— Instanz I 216
— Libell II 146
— Summe II 129
Apostel, deren Begriff II 141
— dimissoriales II 143
— refutatorii II 143
— Reverential II 143
Armeneid I 17
Armenrecht I 17
Arrest, Begriff II 47 ff.
— gemischter II 48
— dessen Gerichtsstand s. Gerichtsstand.
— Justification des II 52 ff.
Arrestgesuch II 31 ff.
Arrestprozeß I 5. II 53
Arrestat II 50
Artikel beim Zeugenbeweis I 354
Attentat II 122, 123
Aufforderung zum Klagen, eines Gerichts I 171
— — Privat I 171 s. noch Provocation
Aufnahme des Rechtstreites s. Reassumtion
Augenschein I 226 II 1
Auspfändung II 111
Aussetzen d. Kostenpunkts I 54
Auctoritäten, gelehrte I 7
Bausachen I, 31
Beantwortung s. Antwort.
Befund I 221
Befundprotocoll I 221
Begräbniß I 89
Behauptungen I 146, 158
— verneinende, I 146, 158
Bekanntmachung d. Decrete I 187
Beklagter I 37, 38, 49, 142 ff.
— Begünstigung des I 49
Beklagtenvereinigung s. Litis consortium.
Beneficium annotationis I 17
— cessionis bonorum II 49
— competentiae II 110
— nondum deducta deducendi et nondum probata probandi II 251
Bericht I 195
Berichtigung der Concursmasse II 268 s. noch Verbesserung
Bescheide I 181
— gemeine I 6
Bescheinigung II 44

Bescheinigungsfrist II 44
Beschluß, richterlicher I 181
Beschwerde II 115, 125
— simple II 191
Besichtigung *I* 226
Besitz, Entziehung des *I* 75
— jüngster II 95
Besitzklagen II 95
Besitzprozeß II 94 ff.
Beweis *I* 23, 34, 218 ff. 305 ff.
— anticipirter *I* 242, II 229 ff.
— Antretung *I* 305, 319. 325, 327
— Artikel *I* 11, 354 II 34
— außerordentlicher *I* 242 II 230
— Collision der *I* 335
Beweisdeductionen *I* 216, 326
— direkter II 31
— Einreden *I* 356, 375 II 18
— Frist *I* 311 II 34
— Führung *I* 219, 231 ff. 319 ff. II 30
— halber *I* 331
— indirekter *I* 229 II 29
— Instanz *I* 214, 305
— Interlocut *I* 306, 312
— künstlicher *I* 229 II 29
— langsamer *I* 242
— Last *I* 306, 307 ff.
— Mittel *I* 218, 221 327 331 II 45
— schleuniger *I* 241 ff.
— Thema *I* 306 ff.
— unvollkommener *I* 219
— Verfahren *I* 214 325 ff.
— zum ewigen Gedächtniß *I* 242 II 230
— zusammengesetzter *I* 362 II 37
— Zweck des *I* 218
Beweisgrund *I* 218 ff.
— thatsächlicher oder factischer *I* 219, II 35
— juristischer *I* 219 331, II 35
Blanquett I 125
Bundesacte *I* 16, 63
Cabinetsjustiz *I* 16, 63
Calumniae juramentum s. Gefährdeeid.
Canzleisäßige Güter, deren Forum *I* 67
Causalnexus d. Thatsachen *I* 228
Causae ecclesiasticae intrinsice tales *I* 88
— mere civiles *I* 89
— mixtae, seu per accidens spirituales. I 89
— privilegiatae *I* 34 a. E.
Cautionen vor und nach dem Prozeßgang II 222 ff.
Charta judicati *I* 56
Chikaneur im Proz. *I* 51
Chirographarier II 249, 266
Civilprozeß; dessen Begriff *I* 2
— Perioden *I* 9
— Hülfsquellen *I* 9
Civilprozeßsache, deren Werth *I* 33
Civilrechtspolizei, *I* 2
Classificationsurtheil II 271
Clausula cum libera *I* 131
— salutaris *I* 172
Client *I* 118
Coexistenznexus der Thatsachen *I* 228
Cohärenznexus der Thatsachen *I* 228
Collations-Erkenntniß II 271
Collegium *I* 101

Collegium, dessen Perhorrescenz *I* 94
Commissarien *I* 59, 60, 198 II 192, 193
Comitive, größere, kleinere *I* 134
Commissivhandlungen der Parteien *I* 142
Communicatis communicandis *I* 252
Comparatio literarum s. Schriftenvergleichung.
Compaßbrief *I* 106, 195
Competenz, des Richters *I* 63 ff.
— objective *I* 63, 64
— subjective *I* 64
Compulsoriales II 146
Concepte *I* 368
Concurs, allgemeine Grundsätze II 235 ff.
— Acten, deren Einrichtung II 263
— Eröffnung des II 260 II 252
— eminenter II 250
— formeller II 250 ff. II 260
— gläubiger eigentliche II 247
— materieller II 250 ff.
— Verfahren präparatorisches II 261
— Universalität des II 238, 243, 263
Confessio *I* 221 s. u. Geständniß
Connexität der Rechtsstreitigkeiten, formelle und deren Unterarten *I* 35, 36
— materielle *I* 36
Consistoria *I* 88
Consistorialprozeß *I* 4
Constituent *I* 118
Contradictor II 254 ff. 271 273 II 256 Note 1
Contumacia (s. auch Ungehorsam) non accusata non nocet, deren Begriff II 212
Contumax non appellat, dessen Begriff *I* 191
Copien *I* 364
Correlationen *I* 102
Creditores massae II 245
Criminalgerichte *I* 28
Cumulatio actionum *I* 156
Curator bonorum seu massae II 255, 256 ff.
— litis II 254, 268
Decisa *I* 182
Declaratio libelli s. Erläuterung
Decret *I* 181
— arctatorisches, monitorisches *I* 183, 184
— direktes *I* 185
— dessen äußere Form *I* 186
— — innere Form *I* 186
— Decisiv- *I* 182, 187, 189
— öffentliches *I* 185
— dessen Publication *I* 185, 187 ff.
— prozeßleitendes *I* 183, 189
— Wirkung des die Klage insinuirenden *I* 265
Deductio gravaminum II 133
Deductionsschrift *I* 175, 326
Defensoren in Civilproz *I* 122
Definitivurtheile *I* 182 II 36
Delatio juramenti II 19
Delegaten *I* 196, II 192
Deputations-Abschiede *I* 5
Devolutivrechtsmittel II 46 117
Designationats-Erkenntniß II 271

Diffamation II 83
Diffessionseid *I* 370, 379 ff. II 76 ff. 281, 285 ff.
Directorium *I* 355
Disputirsätze *I* 326
Distribution II 236
— Bescheid II 274
Documentum guarentigiatum II 66, 67
— indiscretum I 370 s. noch Urkunde
Dominium litis *I* 120
Duplicatio *I* 144
Duplik *I* 289 ff.
— eigentliche od. spezielle *I* 144
— satz *I* 214
— schrift *I* 214, 289 ff.
Edictalladung *I* 171 II 266
Ehehaften *I* 209
Ehesachen *I* 44, 89.
Eheweib *I* 44
Eid I 220, 224 ff. (s. noch juramentum
— dessen Delation II 11, 15 ff.
— Ableistung II 11, 24 ff.
— Artikel II 16
— Einlassung f. d. II 16
— Erklärung f. d. II 16
— Erlassung II 25
— Formel II 16, 23 ff. II 19
— Folgen des verweigerten II 20
— Zurücknahme des II 17
— Zurückschiebung II 19
— Zenonischer II 28
Einführungsschrift der Appellation, deren Wesen u. Zweck II 144
Einlassung *I* 157, 268 ff. 299
Einlassung, Folgen einer fehlerhaften u. unterlassenen I 281
— Wirkung *I* 277
— Zeit der *I* 273 s. noch Litiscontestation
Einreden *I* 143, 144 ff. 157 ff. 277 ff. 297 ff
— deren Gebrauch I 169
— gemischte *I* 161, 274, 298
— dingliche I 164
— liquidabele *I* 276
— liquide I 275, 276
— persönliche *I* 164, 165
— privilegirte I 160, 161, 170 II 110
— prozeßhindernde I 162 ff. 273, 278, 298
— verneinende I 158
— zerstörende (peremtor.) I 162 ff. 273 s. noch exceptio.
Einwendung der Rechtsmittel II 130
— blinde II 128
Einwendungsschrift II 130
Emendatio libelli s. Verbesser.
Endbescheide I 182
Entsagen dem Rechtsstreit II 233
Entscheidungen I 182
Entscheidungs = Gründe I 194, 294, 295
Entscheidungs = Formel I 293
Entscheidungen der Reichsgerichte I 7
Erbschaft deren Forum I 73
Erfüllungseid I 225 II 26
Ergänzungsrecht, des Richters I 172
Erinnerungen gegen Rechnungen II 100

Erkenntnisse l 182
— bedingte I 295
— deren Rechtskraft l 190 ll 127
Erlaß ll 265
— freiwilliger, erzwungener ll 265
Erlaßvertrag ll 266
Erlassung des Eides s. Eid
Eröffnung des Concurses s. Concurs
— des Zeugenrotuls l 362
Erläuterung eines Erkenntnisses ll 127
— Gesuch um ll 127, 128
— der Klage l 180, 263
Ersuchungsschreiben l 105, 106, 195
Essentialia processus l 19 ff. s. auch Prozeß.
Eventualmaxime, deren Begriff l 175, 176.
Exceptio l 146 a. E.
— alibi l 229
— compensationis l 159
— fori incompetentis I 159
Exceptiones facti seu intentionis l 165
— juris l 165
— noviter emergentes l 170
— noviter repertae l 170
Exceptio nullitatis ll 160
— non rite formati processus ll 43
— praestandae cautionis l 159, 160
— praeventionis et litis pendentiae l 160
— rei judicatae vel transactae vel finitae l 163
Exceptio Scti Vellej. et Maced. l 165, 170
— solutionis l 159, 165
— transactionis l 159, 165.
— spolii l 161, 274 ff.
— sub- et obreptionis ll 60, 61
Exceptionsschrift l 277, 281
Excipiens non fatetur, dessen Begriff l 167
Execution ll 103 ff.
— Arten der ll 104
— Instanz l 213, 243, ll 104, 160
— Möglichkeit u. Verfahrungsart ll 105 ff.
— Objecte ll 110 ff.
— Ordnung ll 110
Executivproceß l 5 l 243 ll 65 ff.
Exemplifizirte Urkunden l 367
Fallenlassen, eines Prozesses ll 233
Fatalien l 200
— bedingte l 200
— unbedingte l 200
— der Apellation ll 141
Favor defensionis l 49
Ferien l 203
— göttliche l 203
— weltliche l 203
Finanzgewalt l 31
Findelkind, dessen Forum l 69
Forum commune l 67
— extraordinarium l 90
— generale I 66
— ordinarium l 90
— privilegiatum personae l 67
— speciale — ratione objecti l 67

Forum universale I 66
Formalitäten des Prozesses I 21
Fragrecht d. Richters I 217 II 47
Fragstücke I 357 II 45
— deren Eintheilung I 357, 358
Frauenspersonen I 347
Fristen, deren Begriff I, 199
— conventionelle I 199
— gesetzliche I 199
— gemischte I 199
— richterliche I 199
— Erstreckung der II 221
Früchte I 153
Fürsprecher I 118
Fundamentum agendi intermedium, proximum, remotum I 151 s. auch Klagegrund
Gant-Prozeß II 235
Geburtsort, dessen Forum I 69
Gefährdeeid II 9, 25, 226,
— genereller II 226
— spezieller II 226
Gefängnißstrafe, bürgerliche II 104
Gegenbeweis I 238 ff. 313 ff. 324
— direkter, indirekter I 239, 240, 313, 314
Gegenstände, kirchliche deren Forum I 67, 88
— Staats-Administrations- I 27
Gegenklage s. Wiederklage.
Gehör, freies, der Parteien I 19
— Fiction des rechtlichen I 217
Geistliche I 87 II 49
Geistliche Gerichte I 88, 89
— Rechtssachen I 87
Gemeinde I 133
Gericht I 37, 55
Gerichtshaus I 55
Gerichtsordnungen I 4
— prozeß I 4.
— schreiber I 55, 60
— stand I 55, 66 ff.
— allgemeiner I 66
— des Arrestes I 83
— außerordentl. I 69
— des Concurses II 263
— Contractes I 77
— der materiellen Connexität I 80
— delicti commissi I 79
— deprehensionis I 79
— des Geburtsortes I 69
— gemeiner I 67
— gestae administrationis I 77
— der Identität, I 80 91
— privilegirter I 87, 88
— rei sitae I 73
— der Wohnung I 69, 70
— des Zusammenhangs der Sachen I 80 s. auch Forum.
Gerichtsstillstand I 204
Gerichtstage I 203
Geschichtserzählung der Klage I 230
— der Appellschrift II 144 ff
Geschlechtsvormund I 135 ff.
Gesandte, deren Exterritorialität. I 15
Geständniß I 157, 221, 222, 223
— ausdrückliches, außergerichtliches, fingirtes, gerichtl. I 223
— qualificirtes, reines I 224, 272
Gesuch der Parteien I 143
Gewalt, richterliche (der Rechtspflege) deren Begriff I 27
— executive I 26
Gewaltgeber I 118
Gewalthaber I 118

Gewerbsachen I 31
Gewissensvertretung II 21
Gewohnheitsrechte I 306 deutsche, allgemeine I 7
Glaube böser, Fiction des I 154
Gläubiger-Gemeinschaft II 247
— Rangordnung der II 272 f. noch Concurs.
Gönner I 12
Gravamen II 125 commune II 120 ff.
— futurum II 128
Grolman I 11
Grundherrlichkeit I 10
Grundstücke, privilegirte I 74
Gutachten I 221
Güterpfleger II 256
Haftverhältniß, d. Gerichte I 108
Halber Beweis s. Beweis
Handelssache I 64
Häufung der Beweismittel I 319
— Klagen I 254 ff.
— subjective objective I 255
— des possessorii t. d. petitorio II 95
Hauptbeweis I 237 ff.
Haupteid II 9
— Erlassung des II 25
Haupterkenntnisse I 182
Hauptverfahren der Beweisinstanz I 215, 305
Hauptschriften I 326
Hauskind, minderjähriges, volljähriges I 45, 135, 87
Hausvater I 135
Hingabe an Hand und Halfter II 104
Honorarium I 116
Hofpfalzgrafen-Amt I 234
Hülfsgelder II 109
Hülfsprozeß s. Executivprozeß.
Hülfsvollstreckung I 120, 242, 243 II 110 ff.
Hypothek II 110
Identität der Sache oder des Klagegrundes I 80, 91
Ignorantia juris I 53
Immediatus ubique in imperio immediatus I 15
Immissio in bona II 47 II 111, 112
Impertinenz I 327
Imploration II 41
Implorant II 41
Implorat II 42
Impugnations-Schrift I 175 216, 314, 325, 328
Incident-Sachen I 36
— deren Forum I 85
— Streit I 216
Indicium I 227
Indicienbeweis I 229
Inducirt, dessen Begriff I 325
Indulte, allgemeine II 264
Inhäsiv-Bescheide I 190, 191
— Mandat II 64
Inhibitivprozeß, sächsischer II 64
Inhibitoriales II 146, 149
Injurie II 83
Inrotulationstermin I 176, 192
Insinuation I 154, 187, 188
Inspectio ocularis I 226
Instanz I 62, 90 ff.
— d. Recht der ersten I 214
Instrumentszeugen II 284
Interdikte, I 248 deren Forum I 75
Interimistica II 227.

Interlocute l 182
— entscheidende, gemischte l 182 183
Interpellatio l 268
Interpretation, authentische l 16
Interpositio cummulativa deren Begriff ll 130
Interrogationes in jure I 218
Interrogatoria l 357
Interruptio l 268
Intervention ll 46, 191, 195 ff.
— accessorische ll 199, 202, 210
— freiwillige ll 200
— gemischte ll 198, 201, 202, 210
— gezwungene Il 200
— Prinzipal (Haupt) ll 197, 198, 201, 210 ff.
Interventionsklage ll 204
— prozeß ll 201, 204, 208
Introduction, der Appellation ll 144
Introductionsfrist ll 144
— schrift ll 134, 135, 144, 145
Inversio ordinis l 20
Irrelevanz l 327
Judeneid ll 10
Judicia duplicia seu mixta l 39
Judicium l 55 ll 121
Juramentum, affectionis ll 26 assertorium ll 10
— calumniae generale et speciale ll 226
— dandorum et respondendorum ll 226, 233
— delatum ll 9 ff.
— diffessionis s. Diffessionseid
— — in litem l 316 225, ll 9
— manifestationis ll 271
— neccessarium l 225
Juramentum promissorium ll 10
— purgatorium l 333, 334
— suppletorium l 333, 334
— voluntarium l 225 ll 9 f. noch Eid
Jurisdictio, deren Begriff l 56 ff.
— eminens (sublimis) l 57
— delegata (extraordinaria,) ordinaria, propria l 58 ff.
— mandata l 59, 108
— patrimonialis l 59
— officialis I 59
— voluntaria seu non contentiosa I 2, 28 f. noch Gerichtsbarkeit.
Juristenfacultät l 110
Jus eximendi I 110
Justification, des Arrestes ll 53, 54
— der Beschwerden ll 133, 134
Justitium I 204
Justizcollegium l 196
— commissarien l 108
— gewalt l 26, 28
— sachen l 28
Kammergerichtsordnungen l 6
Kaufbrief, gerichtlicher l 366
Ketzer l 346
Kirchensache l 64
Klage l 142, 143, 146 ff. 245 ff. 256 ff.
— Concurrenz der l 156, 256 ff.
— dingliche l 150, 246
— Fortpflanzung der l 155
— das Gesuch einer l 152
— Häufung der l 156, 157, 254 ff.
— Legitimation zur l 154
— persönliche l 150, 151, 248

Klage, Verjährung der I 156
Klagegrund I 149
— allgemeiner I 149, 246, 248
— besonderer (spezieller) I 149, 150, 246 ff.
— thatsächlicher I 149 s. auch Fundamentum
Klaglibell I 246 ff.
— dessen innere Form I 260
— — Mängel I 262
Kläger I 38, 144 ff.
— dessen Nachtheile I 49
— Vereinigung I 40
Kosten im Concursproz. II 272
— im ord. Proz. I 54
Kriegsbefestigung I 268
Kummer II 47
Kunstverständige s. Sachverständige
Ladung I 183
— beim Zeugenbeweis I 360, 361
Landeshoheit der Fürsten I 10
Landfriede I 11
Landgerichte, kaiserliche I 63
Landger. Ordnungen I 3
Landesprozeß-Ordnungen I 3
Landsassiat, voller I 75
Laudatio s. nominatio
Legitimatio advocatoria I 113
— ad causam I 46, 48
— ad praxin I 45
— ad processum I 46
— procuratoris ad praxin I 119 124
— — ad proc. I 126
— zur Rechtsverfolgg. überhaupt I 45
Lehnsprozeß I 4
Lehnssache I 64, 87
Leuterung II 115, 156, 167
Leuterungs-Erkenntniß II 135
— Instanz I 216
Libelli dimissorii II 141
Liquidation II 266, ff. 270
Liquidations-Aufsatz II 269
— -Instanz II 106
— -Termin II 266 ff.
— -Verfahren II 269
Litis Consorten I 40 ff. 155, 321, 323 II 12
Litis consortium, actives I 40 ff.
— — passives I 41 ff.
Litis Contestation I 157, 268 ff.
— — allgemeine, spezielle I 270
— — gemischte, gleichförmige I 270
— — bedingte, unbedingte I 270, 271
Litis Denunciation II 46, 216, 218
— Pendenz I 265 ff.
Liturgie I 89
Locations-Erkenntniß II 271, 272
Mandant I 118
Mandat II 55
— bedingtes (cum clausula) II 56, 62 ff.
— gemischtes II 56
— unbedingtes (sina clausula) II 55, 56, 57, ff.
Mandatsprozeß I 5 II 39, 56
— bedingter II 56, 62
— unbedingter II 56, 57
— gemischter II 56,
Mandatum cassatorium II 61
— inhaesivum II 61
— inhibitorium II 64
— resolvitur in citationem, dessen Begriff II 63

Manifestationseid II 271
Maranda, Robert, I 11
Marginal=Attest I 135
Martin, I 12
Masse=Activ, Passiv II 236, 239
— Gläubiger II 245, 246, 255
— Verwalter II 256
Materialien I 146
Mehrheit, der Stimmen im Justizcoll. I 196, 197.
— absolute, relative I 197, 198
— beim Concurse II 265, 266
Meineid I 324
Meineidige I 346
Menschenkundigkeit I 233
Metaphysik des Prozesses I 9
Minderjährige I 44, 45
Minderungseid II 28
Minderungsrecht des Richters II 27 ff.
Mitleidswürdige, Personen s. Personen.
Mittheilungsdecrete I 183
Modus procedendi I 2
Moratorium II 263 ff.
Mutatio libelli s. Abänderung.
Nachlässigkeit der Beistände, deren Folgen I 138 ff.
Nachklage I 280, II 223, 224
Natur der Sache I 9
Naturrecht, als Quelle des Prozesses I 8
Nebenbescheide I 182
Nebengesuche I 152, 153
Nebenpersonen im Proz. I 111 ff.
Negantis non est probatio, dessen Begriff I 308
Nichtigkeit I 20, II 159 ff.
— heilbare I 21 II 163 ff.
Nichtigkeit, unheilbare I 20 II 163 ff.
Nichtigkeitsklage II 163, 164 ff.
Nominatio seu laudatio auctoris II 217
Notarien I 64, 134, 135
Notariatsinstrumente I 365
— Ordnung von 1512 I 135,
Notheid II 173
Nothfrist I 195, 200
— absolute, gemischte I 200
Notificationsdecrete I 183
Notorietät 232 ff.
Nova II 117, 166, 167, 178 ff.
Nullitäten II 161 ff. juris positivi II 162 ff. wider d. jus naturale II 162
Nullitätsquerel II 160 ff.
Oberappellationsgerichte I 63
Obergerichte I 62, 89, 104 II 157, 158
Oberhöfe I 10
Oberleuterung II 158
Oberrevision II 158
Obstagium II 104
Offenbarungseid s. Manifest.eid.
Officium judicis I 231
Ordinationen I 196 II 149
Ordnungsfristen I 199
Organisation der Gerichte I 1
Originalien I 364, 368 ff.
Pachter eines schriftsäss. Guts, — dessen Forum I 88
Pactum de quota litis I 116
— palmarii I 116
Päpste I 88
Parteien I 49, 175
— gegenseitige Pflichten I 50 ff. 322

Parteien, Prozeßhandlungen der I 141 ff.
Parteienvorträge, deren Forum I 171
— Zahl I 175
— Wirkung I 176 ff.
Particular-Vollmacht I 124
Patrimonialgerichtsbark. I 10, 58
Patrimonialgerichtsherr I 59, 108
Patron I 118
Patronatrecht I 89
Perhorrescenz des Richters I 93 ff. II 191, 193, 222
Perhorrescenzeid I 93
Pendente lite nihil innovandum est, dessen Begriff II 122
Persona standi in judicio I 43
Personen, mitleidswürdige deren Forum I 93 ff.
— moralische I 71, 101, 102
Personal-Arrest II 47, 48
Personalgehörigkeit I 64
Petitum I 152
Petitorium I 54 II 95 ff.
Petitorium absorbet possessorium, dessen Begriff II 95
Pfand II 110
Pfandrecht II 111, 272
Pfleger im Conc. II 240
Poena deren Begriff I 52
— contumatiae I 54
— inficiationis I 51, 218
— publica I 212
— recusati juramenti vel jurare nolentis II 20
Polizei-Behörde I 29
— Gewalt I 26, 31
— Sachen I 27
— Vergehen I 27
Positionen I 11, II 233
Possessorium, dessen Verhältniß z. petitorium II 94 ff.
— ordinarium I 249 II 94, 94
— summariissimum I 248, II 94, 96, 98, 123
Präclusivbescheid II 269
— fristen I 199
Präjudicial-Sachen I 36
Präparatorische — I 36
Praescriptio instantiae I 156
Präsentatum I 181, II 31
Praesumtio, hominis I 219, 221, 229 II 31
— juris simplex I 219, 221, 226
— — et de jure I 227
Praevaricatio I 113
Prävention, des Gerichts I 97 ff.
— der Parteirollen I 97
Pragmatici I 134
Primicerius I 134
Prinzipal I 118
Priorität II 236, 255, 273
— Urtheil II 271
— Verfahren II 270, 271
Privatgeldstrafen I 51
Privatrechtsstreitigkeiten I 25
Privaturkunden I 365
Privatschiedsrichter I 95
Privilegium exigendi II 266
— de non appellando I 63
Probatio anticipata II 229
— in perpetuam rei memoriam II 230
Procuratoren I 1, 112, 117, 118 ff.
— Folgen ihrer Nachlässigkeit I 138 ff.
Productenbuch I 103
Producirt, dessen Begriff I 325
Productions-Erkenntniß I 215, 329, 376, 378

Productions = Termin I 376, II 6, 35
— Verfahren I 215, 305, 329
Professions = Aufsatz II 269
— Termin II 266
Promulgirte Rechte I 306
Pronotarius I 56
Prorogation des Gerichts 195 ff.
— freiwillige I 95
— generalis I 96
Protestanten I 88
Protestation I 65
Protocoll I 102 ff. 181
Protocolardecret (Bescheid) I 186
Provisorische Verfügungen II 128, 227
Provocatio ex lege diffamari II 39, 83
— ex lege si contendat II 39, 84, 85
Provocationsprozeß II 39, 82 ff.
Prozeß, dessen Begriff I 1 ff. 13 ff.
— feierlicher, nicht feierlicher I 4 II 38
— gemeiner deutscher I 2, 3
— Gang, des I 213 ff.
— Bestandtheile absolut wesentliche I 19 ff,
— — bedingt — I 21 ff.
— — gemeinschaftliche I 22
— Object des I 25
— ordentlicher I 4 II 38
— petitorischer I 4 II 94 ff.
— possessorischer II 94 ff.
— Quellen I 5 ff,
— Subjekte I 14 ff.
— summarischer I 4, 243 II 38 ff.
— fähigkeit I 43
— gesuch I 152, 244, 252
Prozeßgesetze, Wirkung ihrer Veränderung I 18
— geschichte I 146
— handlungen der Parteien I 141
— ordnung, sächsische I 4
— theorie, deren Begriff I 1
— wahl der Parteien I 18, 243
Publication I 187
Querel wegen heilbarer Nullitäten I 22
Querela nullitatis insanabilis I 22
— nullitatis vel iniquitatis II 161, 163
— inofficiosi I 156
— simplex I 115
Quadruplik I 145
Quadruplicandi venia I 292
Rabulist I 51
Randzeugniß I 135
Realarrest II 47 ff.
Reassumtion, des Prozesses II 193
Rechnungsprozeß II 40, 99 ff.
Recht, Canon. Röm. dessen Anwendung I 7, 10
Rechtsbeistand I 118
Rechtfertigung, der Formalien II 133
— Beschwerden II 133
Rechtfertigungsgrund I 149
— schrift II 133
— Termin II 52
Rechtsfreund I 118
Rechtsgeschäfte, außergerichtliche I 2
Rechtsgrund I 149, 249
Rechtskraft, deren Begriff I 190, 192
Rechtsmittel II 114 ff.

Rechtsmittel, außerordentliche II 114, 115, 116, 137
— außergerichtliche II 117
— devolutive II 117, 124
— ordentliche II 114, 116, 137
— suspensive II 117, 124
— Beschränkung der II 124 ff.
— Einwendung II 130 ff.
— Instanz I 216
— Verzicht s. d. II 137 ff.
Rechtssachen I 28. 31, 32, 33
— administrativ-contentiöse I 30
— privilegirte I 54
Rechtssprüche I 182, 183
— der Spruchcoll. I 7
Rechtsstreit I 18
Rechtstage I 203
Rechtstheorie, Begriff der I 1
Rechtsverfolgung, Befugniß z. I 43
— Theorie, der I 1
Rechtsverfolgungsmittel II 114
Rechtsvermuthung I 226 ff.
— qualificirte I 227
Recognoscere II 276, 277
Recognition I 372, II 276 ff.
— generelle, specielle II 283 ff.
Reconventio s. Wiederklage.
Recurs II 140
Regent, als Subject des Prozesses I 16, 29
Regentenfamilien I 15
Regierungsgewalt I 13, 26, 29
Registrande I 103
Registratur I 181
Reichsabschiede I 6 ff.
— jüngster (v. 1654) I 4, 6, 7
Reichsgerichtsprozeß I 3
Reichsgewohnheiten I 7
Reichshofrath I 6
Reichshofrathsordnung I 6
— hofrathsprozeß I 3
Reichskammergericht dessen Errichtung *I* 10
— — Prozeß *I* 3
Reichsmittelgerichte *I* 63
Reichsstand I 3, 14
Reinigungseid I 225 II 26
Relatio I 195
Relationen, deren Begriff und Zweck I 102
Relevanz-Bescheid II 135, 148
— Decret II 132, 135 Not *, 148
— Erkenntniß II 150
Remedia adipiscendae possessionis, deren Forum I 75
— recuperandae et retinendae poss. — I 75
— adversus sententias II 114
— — devolutiva II 117
— — suspensiva II 116 s. auch Rechtsmittel.
Replicationes I 144
Replik I 285 ff.
Repliksatz I 214
— schrift I 214, 284 ff.
— Veränderung der I 287 ff.
— Thätigkeit des Richters bei d. I 287
— Folgen der unterlassenen I 288
Reproductions-Erkenntniß I 215
Requisitionen der Gerichte I 106, 195
Rescripte I 195
Rescriptprozeß I 264
Rescriptum de emendando II 136, 303
Restitution II 106, 115, 169, 170
— brevi manu II 171
— in integrum II 114

Restitution, contra rem judicatam II 115, 171, 302
— gegen Versäumnisse ꝛc. in d. Verhandlgen II 170, 301, 305
Restitutionsgesuche I 216
Reus excipiendo fit actor, dessen Begriff I 39
Revision II 115, 117, 156, 165
Revisionsinstanz I 216
Richter I 37, 103 bestochener I 23
— dessen Fähigkeiten I 60 ff.
— Fragrecht I 218
— Rechte u. Pflichten I 100 ff.
— Thätigkeit I 101
— Verdacht gegen I 93
Richtereid I 103
Rotul I 392, 363
Sache s. die einzel. Art.
Sachengehörigkeit I 63
Sachgesuch I 152, 253 II 42
Sachverständige I 220, 221, 229 ff. II 2
Sachwalter I 118
Salvationsschrift I 175. 216, 314, 316
Schaden, dessen Ersatz I 52
Schätzungseid II 29
Schiedeseid I 225 II 9 ff. 15
Schluß des Urtheils I 294
Schöppen I 10, 55, 111
Schöppenstuhl I 10, 110
Schriftvergleichung II 291 ff.
Schwörungstermin, dessen Zeit II 26
Schürzen bei Taxationen II 7
Sectio bonorum II 237
Sectionen der Sachverständigen II 7
Selbsthülfe I 7
Sentenzen I 182
Separat-Concurs II 243
Separatisten II 245
Separatwiederklage I 280
Sicherheitsleistung II 222 ff.
Sinnenbefund I 226
Soldaten II 49
Specialvollmacht I 125
Spolienklagen I 35
Spoliensachen I 35
Spruchkollegien I 110
Staatsbeamte II 223
Stadt-Prozeß I 4
Steuersachen I 30
Stiftungen, milde I 89
Stipendien I 89
Strafjustizgewalt I 2
Strafprozeß II 81
Streitfrage, factische I 217
Streitgenossen s. LitisConsorten
Stufengerichte I 62
Stundung II 262
— freiwillige gezwungene II 264
Stuprum I 89
Submissionstermin I 176
Summarischer Prozeß I 4, 243
— Wesen des II 38 ff.
— bestimmter (od. außerordentlicher) II 38, 39, 41
— gemischter II 39, 40
— unbestimmter (od. ordentl.) II 38, 39, 41 ff.
Supplication II 115, 157
Supplications-Instanz I 216
Suspensivkraft II 122, 123
Suspensivrechtsmittel I 191 II 46, 123, 124, 156, 157
Syndikat I 133, 137
Syndicatsklage I 29, 108
Syndici I 118, 137
— official I 134
— perpetui I 133
Syndiciren I 100
Tagfahrt I 184, 263
Termin I 184 s. noch die einzelnen Art.
Tengler, Ulrich I 11
Testes, civiliter, naturaliter inhabiles I 345, 346
— mere suspecti I 348
— singulares I 351
Testimoniales II 142
Theil, vorbereitender des Prozesses I 213
Tod vor der Eidesleistung, dessen Wirkung II 24
Triplicandi venia I 292
Triplik I 145
Ubi possessorium ibi petitorium, dessen Begriff I 82
Ueberzeugung, richterliche I 218, 219
Ungehorsam, dessen Begriff u. Folgen I 204 ff. 281, 288
Untersuchungsprozeß II 81
Unus testis, nullus testis, dessen Begriff I 349
Urkunden I 221, 364 ff. II 276 ff.

Urkunden, Aechtheitsprüfung der I 368 ff. II 278 ff.
— beglaubte I 364
— exemplificirte I 364
— öffentliche I 364 ff. II 277 ff.
— quasi publica I 365 II 282
— Privat= I 365 II 276 ff.
— Edition II 191, 231
— jur. Wirkung I 366
Urkundenproductionsterm. I 371
Urkundsschöppen I 111
Urschriften I 364
Urtheil I 182, 191, 293
— erstes I 293
Urtheilsformel I 293
Usuraria pravitas I 89
Vagabund, dessen Forum I 69, 86
Veränderung s. Abänderung.
Verba decisiva, dispositiva I 194
— enuntiativa I 194
Verbesserung d. Klaglibells I 178
Verbrechen I 27
— dessen Forum I 79
Verfahren, artikulirtes I 11
— gerichtliches I 2
— mündliches, öffentl. schriftliches I 2
— erstes I 214, 245, 296
Vergehen I 27
Vergleich, Zwang z. II 233
Vergleichung der Handschriften I 381 II 291 ff.
Verfügung, mandatsmäß. I 281
— provisorische s. provis.
Verhandlungsmaxime I 24, 31, 33, 166
Verjährung, Einrede der I 166
— der Klagen I 156
— des Prozesses I 156
Verkümmerung II 47
Vermuthung I 227 s. auch Praesumtio
Versicherungseid I 345
Versprechungseid I 345
Verzicht, ausdrücklicher I 178
— fingirter I 177, 207
— stillschweigend. I 176, 177, 206
Verzugszinsenzahlung I 153
Vindicant II 245
Vocatio in jus I 264
Volksnotorität I 233
Volljährige I 138
Vollmacht I 123 ff.
— gemischte, generelle, specielle I 125
— Mängel einer I 129
Vollmachtsurkunde I 126
Vollstreckung, der Hülfe I 20
Vollziehung II 103
Vormünder I 133
Vorträge der Parteien I 171, 172, 175
Votum decisivum I 196
Wache, deren Einlegung II 111
Wahrheit, absolute, formelle (jurist. I 34, 219
Wahrheitspflicht d. Parteien I 51
Wahrscheinlichkeit I 219
Wahrscheinlichkeitsvermuthung I 227 II 29
Wechselarrest II 259
Weib I 44, 45
Wiedereinsetzung in den vorigen Stand II 169 s. auch restitutio.
Widerklage I 166, 279, 280 II 46, 223
— deren Forum I 83.
Widerlegungsgründe I 295
Wohnung I 70
Wohnhaus I 70
Würderungseid I 220 II 29
Zaungericht I 65
Zeugen I 220, 221, 229 ff. 344 ff.
— classische I 344, 349
— unfähige I 344, 348
— verdächtige I 344 ff. 348 s. noch Testis
Zeugenartikel I 354
Zeugeneid I 361
Zeugenrotulus I 362, 363
Zeugenverhör I 354
Zollsachen I 30
Zunftsachen I 31
Zurückschiebung des Eides s. Eid.
Zusammenhang der Sachen 180
Zuschlag II 112
Zuwachsrecht der Litisconsorten I 155
Zweifelsgründe I 295
Zwischenbescheid I 182
Zwischenhandlungen im Proz. Begriff und Arten II 190 ff.

Daniel Kn

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Gensler, Johann Caspar,

Dr. J. C. Gensler's, weiland Geheime-Justizraths und ordent. öffentl. Lehrers der Rechte zu Heidelberg, Vollständiger Commentar über Martin's Civilproceß-Lehrbuch
Bd.: 2

Heidelberg (1825)

J.pract. 79 o-2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10554065-6